

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2020 00296 01.

Demandante: **PABLO EMILIO RINCÓN ROBAYO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **PABLO EMILIO RINCÓN ROBAYO** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretendió se declarara la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de **PROTECCIÓN S.A.**. Como consecuencia de lo anterior, solicita que **PROTECCIÓN S.A.** traslade a Colpensiones la totalidad del saldo de su cuenta de ahorro individual, así como sus rendimientos y que Colpensiones, lo reciba en el régimen de prima media y lo tenga como afiliado desde el 1º de abril del 2001.

De manera subsidiaria, deprecia se declare la nulidad del traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (Archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 08), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por Pablo Emilio Rincón Robayo hacia la sociedad Protección S.A., el 04 de enero de 2001, en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección S.A. Pensiones y Cesantías, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado Pablo Emilio Rincón Robayo, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías y a COLPENSIONES EICE, a favor de la parte demandante Pablo Emilio Rincón Robayo. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: De ser o no apelada la presente decisión, remítase ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta.

4. Recursos.

PROTECCIÓN S.A. señaló que no se tuvo en cuenta el interrogatorio de parte rendido por el demandante, siendo este medio probatorio una de los pocos con el que cuentan los fondos privados, atendiendo la carga dinámica de la prueba, por lo que, conforme lo allí narrado por el actor, debió darse aplicación a la confesión presunta del artículo 205 del CGP, ya que el demandante fue renuente, evasivo y faltó a la verdad, pues manifestó no haber suscrito ningún formulario de afiliación ante la AFP Santander para el año 2001, pero al ponérsele de presente tal documento, reconoció haberlo firmado.

Por su parte, **COLPENSIONES** dijo que es un tercero que nada tuvo que ver en la afiliación ni firma del formulario de traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; que los aportes de las personas que se encuentran en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que

luego se pasan a Colpensiones, no son suficientes para cubrir las expectativas pensionales, lo que afecta el principio de sostenibilidad financiera; que el demandante indicó en su interrogatorio de parte que no se acercó a asesorarse, siendo su obligación como beneficiario y consumidor financiero, verificar las condiciones o que la información que se le está dando sea la correcta; que el accionante realizó su solicitud de traslado a Colpensiones cuando ya se encontraba dentro de la prohibición legal para ello, pues le faltaban 10 años o menos para cumplir con la edad mínima para acceder a la prestación pensional; que el demandante no determinó que se le hubiere hecho incurrir en error que tenga el carácter de retrotraer las cosas a su estado inicial; que este tipo de decisiones descapitalizan el sistema pues, pese a que se ordena la devolución de aportes y cuotas de administración, muchas veces ello no alcanza para cumplir las expectativas pensionales, máxime cuando no se ha contribuido al fondo común.

Finalmente, solicitó se le absuelva de la condena en costas, ya que no recibió de vuelta al demandante porque este se encontraba dentro de una prohibición legal por lo que la entidad actuaba en cumplimiento de la ley y tampoco hizo parte de la vinculación inicial del demandante con la AFP.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la parte actora y la demandada COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo

66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 04 de MARZO de 1985 presenta aportes en tal régimen (fl. 43 del archivo 01 y Carpeta 12); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 04 de enero del 2001 (fl. 20 archivo 01 y Fl 46 archivo 05).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 20 del archivo 01 y 46 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 04 de enero del 2001 con la otrora AFP Santander hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Rincón Robayo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (04 de enero del 2001) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, como lo pretende Protección S.A., ya que únicamente indicó que se

afilió a Santander en el año 2001 porque una asesora le dijo que era solamente para cesantías, que no recuerda haber leído el formulario de afiliación y que no entendía nada sobre los fondos privados, pese a lo cual no se acercó a preguntar nada y que firmó el formulario de manera voluntaria; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

La anterior conclusión tampoco se desvirtúa por el testimonio de Judith Bejarano Hernández, pues aquella declaró que estuvo presente en la empresa cuando el demandante se afilió a Protección S.A., pero no cuando firmó el formulario de afiliación, que les hicieron una reunión pero no les explicaron nada sobre qué régimen era mejor, que unas personas fueron a decirles a la empresa que se trasladaran, pero que los “engañaron” porque les dijeron que se iban a cambiar para cesantías pero no para pensión, que no le hicieron el cálculo de cuánto sería su pensión, que no les explicaron los mecanismos de protección de vejez para ese régimen y que les dijeron que Colpensiones se iba a acabar y que quedarían desprotegidos.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado, como lo pretende Colpensiones analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento como el error, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJS1688-2019).

En cuanto al argumento relativo a que el actor realizó la solicitud de retorno a Colpensiones cuando ya se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

De otro lado, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que el actor, como consumidor financiero tenía el deber de asesorarse, si bien ello resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, con lo que se financiará la pensión.

Ahora bien, refiere Colpensiones que dicha entidad es un tercero que nada tuvo que ver con el traslado y/o afiliación del actor al RAIS, por lo que se hace pertinente referirse al principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil que establece, básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes, sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que este principio no resulta ser absoluto, como se indicó en la sentencia CSLSC 1182-2016 del 08 de febrero de 2016 (rad. 54001-31-03-003-2008-00064-01), razón por la cual, si bien Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado de régimen del actor, el incumplimiento

al deber de información por parte de Protección S.A. puede afectarla, tal y como acontece en este asunto.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado por parte del fondo en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ** el numeral **tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, **PROTECCIÓN S.A.** debe trasladar a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, **los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (CSJ SL1689-2019 y CSJ SL687-2021).

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas** a cargo de COLPENSIONES, se considera dable su imposición al resultar vencida en juicio, según los lineamientos del artículo 365 del C.G.P., por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

Demandante: **PABLO EMILIO RINCÓN ROBAYO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de ADICIONAR la decisión de primera instancia para ordenar que, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados. DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

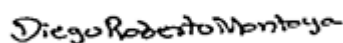
TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

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

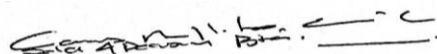
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2020 00296 01.

Demandante: **PABLO EMILIO RINCÓN ROBAYO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas PROTECCIÓN S.A. como agencias en derecho la suma de \$750.000.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2020 00179 01.

Demandante: **ANTONIO BOGOYA FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ANTONIO BOGOYA FORERO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la “nulidad” de la vinculación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colpatria hoy PORVENIR S.A.. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones efectuadas, aportes, rendimientos, cuotas de administración, bonos pensionales, comisiones, intereses y todo lo recibido durante su vinculación al fondo privado,

debidamente actualizado a valor presente y que Colpensiones, lo registre, afilie y actualice su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 10), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La *a quo* dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor Antonio Bogoya Forero del régimen de prima media con prestación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado en el año 1998.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Antonio Bogoya Forero,

como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a afiliar nuevamente al señor Antonio Bogoya Forero, al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000.

4. Recursos.

COLPENSIONES señaló que no es válido imponer a las administradoras aportar información no prevista en el ordenamiento jurídico al momento del traslado del actor, especialmente cuando la exigencia de los documentos para el tema de traslado era solo el formulario de afiliación; que la voluntad vertida en el formulario de afiliación y la información brindada por el asesor comercial del fondo son suficientes para afirmar que la afiliación fue válida, libre y consentida; que del interrogatorio de parte y las pruebas recaudadas no se demuestra que el demandante haya ejercido sus obligaciones como consumidor financiero en cuanto a la diligencia y deber de información al momento del traslado y finalmente, que Colpensiones no tiene que asumir las consecuencias del acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir S.A.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** indicó que en este caso no se presenta similitud de condiciones con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ya que el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria sin que haya mediado ningún tipo de presión por parte de la AFP Colpatria en el año de 1998, además de haberlo hecho de una manera informada de conformidad con las normas vigentes para esa fecha como se dijo en el interrogatorio de parte; que Porvenir S.A., al momento en que se llevó a cabo el traslado de régimen pensional le brindó al demandante una asesoría profesional y completa en la que se le dio una información clara respecto del funcionamiento y características del RAIS para que entendiera lo que le acarrearía su traslado del régimen público al privado.

Manifestó que el formulario de vinculación prueba el conocimiento que tenía el afiliado sobre el beneficio y las condiciones que acarrea su vinculación al RAIS, ya que por disposición legal era a través de ese documento que los fondos privados cumplían con ese deber de información que se encontraba a su cargo; que la consecuencia jurídica de la aplicación de la ineficacia es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás y bajo tal entendido los rendimientos financieros no se han generado; que no corresponde a las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que también se ordene devolver las sumas que ha invertido para mantener el bien que lo obligan a devolver, máxime cuando las sumas que estaban destinadas a los gastos de administración ya se agotaron al haber sido destinadas para cumplir con su objetivo y en tal sentido esas sumas ya no se encuentran en poder de la AFP.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 30 de noviembre de 1987 presenta aportes en tal régimen (Carpeta 20); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 30 de abril de 1998 (fl. 50 archivo 04 y fl. 33 archivo 09).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 50 del archivo 04 y 33 del archivo 09, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 30 de abril de 1998 con la otrora AFP Colpatria hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bogoya Forero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de abril de 1998) el fondo privado tenía la

obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, ya que únicamente indicó que la persona de la nueva aseguradora le dijo que Colpensiones se iba a acabar y que era esta aseguradora la que iba a reemplazar a Colpensiones, que le dieron un formulario el cual firmó, que se afilió de manera libre y voluntaria, que no le hablaron de las condiciones del fondo al que se afilió; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que el actor, como consumidor financiero tenía el deber de asesorarse, si bien ello resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, con lo que se financiará la pensión.

Ahora bien, refiere Colpensiones que dicha entidad es no tiene el deber de asumir las consecuencias del acto celebrado entre el demandante y Porvenir S.A., por lo que se hace pertinente referirse al principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil que establece, básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes, sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que este principio no resulta ser absoluto, como se indicó en la sentencia CSLSC 1182-2016 del 08 de febrero de 2016 (rad. 54001-31-03-003-2008-00064-01), razón por la cual, si bien Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado de régimen del actor, el incumplimiento al deber de información por parte de Porvenir S.A. puede afectarla, tal y como acontece en este asunto.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro

individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado por parte del fondo en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, **PORVENIR S.A.** debe trasladar a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, **los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados. DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

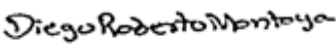
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

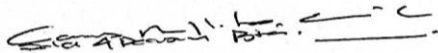


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2020 00179 01.
Demandante: ANTONIO BOGOYA FORERO.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas PORVENIR S.A. como agencias en derecho la suma de \$750.000.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00270 01.
Demandante: **HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretendió se declarara la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de **PORVENIR S.A.** Como consecuencia de lo anterior, solicita que **PORVENIR S.A.** devuelva a **COLPENSIONES** las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, debidamente indexados, así como realizar todos los trámites

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00270 01.
Demandante: **HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

necesarios para activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar el traslado.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

SKANDIA S.A. (archivo 11), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta dirigidas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivo 13), asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

2.2 Llamamiento en Garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, (archivo 16), incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El A Quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas y **DECLARAR PROBADA** la excepción de improcedencia del llamamiento en garantía formulada por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante HELENA PATRICIA AGUIRRE Hernández través de PORVENIR S.A., así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍASS.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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 como lo descontado por concepto de gastos de administración.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que

se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, por secretaría incluyendo como agencias enderecho una suma equivalente a tres (03) smlmv. Igualmente, condenar en costas a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor de la llamada en Garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., para lo cual se señala como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

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.

4. Recursos.

PORVENIR S.A. señaló que no se incurrió en la prohibición legal de movilidad entre regímenes pensionales, pues la demandante se vinculó a Porvenir S.A: en el año de 1999 por lo que entre su vinculación al ISS y esa AFP habían transcurrido más de 5 años, por lo que su afiliación al RAIS estaba permitida; que, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que es carga de los fondos demostrar el cumplimiento del deber de información, no puede aplicarse de forma indiscriminada ese precedente y establecer obligaciones que legalmente no eran exigibles a la AFP para el momento del traslado de la actora, ya que no era obligación dejar constancia de la información dada en un documento diferente al formulario de afiliación, por lo que imponer una carga adicional a dicho formulario resulta desproporcional; que del interrogatorio de parte se puede evidenciar que a la demandante se le brindó información con relación a su afiliación al RAIS; que durante su vinculación al RAIS realizó actos de relacionamiento que ratificaron

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00270 01.
Demandante: **HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

su voluntad de permanecer en este régimen, pues realizó múltiples traslados entre AFPs sin hacer uso de su facultad de retractarse y regresar a Colpensiones; que no se valora que la demandante tenía conocimiento con relación al funcionamiento del RAIS.

De forma subsidiaria y, en caso de no acoger los anteriores argumentos, solicita se absuelva de la condena impuesta respecto de la devolución de los gastos de administración, ya que esta es una suma que la ley autoriza a descontar, que devolver esta suma resultaría en un enriquecimiento sin causa, ya que esta suma no está destinada a financiar la pensión.

Finalmente, solicita se reevalúe la condena en costas, especialmente la suma por agencias en derecho, pues la suma a que se condenó a Porvenir S.A. es muy alta y no tiene en cuenta los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura para ello.

Por su parte, **COLPENSIONES** indicó que la Ley 797 de 2003 limitó la posibilidad de traslado de los afiliados cuando les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, razón por la cual, todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del principio de sostenibilidad financiera; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para trasladarse en cualquier tiempo y que para el 01/04/1994 no tenía una expectativa pensional o derecho adquirido; que la demandante elevó solicitud de regreso a Colpensiones en junio del 2020, data para la cual contaba con 53 años de edad, encontrándose inmersa en la prohibición legal de traslado, por lo que resulta improcedente tenerla como afiliada al RPM en salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera del sistema; que resulta desmedido exigir que se hubiese realizado alguna proyección pensional o imponer un deber de asesoría y consejo cuando ello no era obligatorio conforme a las normas vigentes para la época del traslado; que la demandante es profesional con posgrados por lo que tenía la capacidad de asesorarse; que debe tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00270 01.
Demandante: **HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por lo que los actos jurídicos tienen efecto entre las partes que lo celebraron, por lo que Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada.

Finalmente, **SKANDIA S.A.** solicitó se revoque la condena de devolución de los gastos de administración, pues esta AFP recibió a la demandante por un traslado horizontal, quien luego retorna al mismo fondo pensional, habiéndose cumplido el deber que le asistía de administrar la cuenta de ahorro individual de la actora, lo cual le generó rendimientos; que es deber del fallador aplicar los principios constitucionales de equidad y justicia pues al dar la orden de trasladar los rendimientos no deberían devolverse los gastos de administración porque fue por las gestiones realizadas por la AFP que se generaron esos rendimientos y su devolución conllevaría a un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la parte actora, **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 13 de setiembre de 1994 presenta aportes en tal régimen (archivo 15); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 19 de febrero de 1999 (fl. 68 del archivo 13).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí

brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 68 del archivo 13, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 19 de febrero de 1999 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Aguirre Hernández se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (19 de febrero de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, sin que se esté imponiendo obligación alguna de allegar documental distinta al formulario de afiliación; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a

acabar; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que la demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado estudios en posgrado, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información, más aún cuando la actora en su interrogatorio manifestó que nunca le dieron a conocer las características del RAIS.

Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia CSJSL SL1949-2021, donde se manifestó que *“no puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”*.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (CSJSL1688-2019).

Ahora bien, en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA S.A. el 31 de octubre de 2008 (fl. 35 archivo 11), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1999 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

De igual manera, y en cuanto al argumento relativo a que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía un derecho adquirido o expectativa pensional, en sentencia CSJSL 1688-2019, se expuso 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.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora realizó la solicitud de retorno a esta entidad cuando ya se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En el mismo sentido, ha explicado dicha corporación en relación con el derecho de retracto, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida (CSJSL1217-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019,

puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Ahora bien, refiere Colpensiones que debe tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil que establece, básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes, sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que este principio no resulta ser absoluto, como se indicó en la sentencia CSLSC 1182-2016 del 08 de febrero de 2016 (rad. 54001-31-03-003-2008-00064-01), razón por la cual, si bien Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado de régimen de la actora, el incumplimiento al deber de información por parte de Porvenir S.A. puede afectarla, tal y como acontece en este asunto.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable

en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ** el numeral cuarto de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, **los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;**

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR** el numeral **tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas** a cargo de PORVENIR S.A., se considera dable su imposición al resultar vencida en juicio, según los

lineamientos del artículo 365 del C.G.P., sin que este sea el momento procesal oportuno para efectuar pronunciamiento alguno sobre el monto calculado como agencias en derecho.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados. Igualmente, en el sentido de ADICIONAR que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS deberá devolver las sumas descontadas por gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones; rubros que deberán pagarse debidamente indexados. **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00270 01.
Demandante: **HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

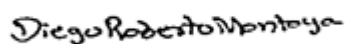
TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y, SKANDIA S.A.

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

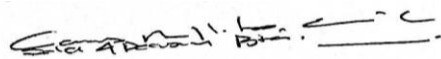
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00270 01.
Demandante: **HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNÁNDEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. como agencias en derecho la suma de \$1.500.000



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00455 01.

Demandante: **DIANA MARGARITA DEL CRISTO ALCOCER ROSA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **DIANA MARGARITA DEL CRISTO ALCOCER ROSA** promoviese contra **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de **PENSIONAR S.A.** hoy **SKANDIA S.A.** Como consecuencia de lo anterior, solicita que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la actora, como si nunca se hubiera trasladado, así como ordenar a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros,

bono pensional a que haya lugar, así como la actualización de la historia laboral.

De manera subsidiaria deprecia se declare válida la afiliación de la actora al RPM, debido a la multivinculación que existió al momento de realizar el traslado de régimen con la AFP Pensionar S.A. hoy Skandia S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar el traslado.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

SKANDIA S.A. (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta dirigidas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

2.2 Llamamiento en Garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, (archivo 12), incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El A Quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de improcedencia del llamamiento en garantía formulada por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y **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 la demandante DIANA MARGARITA DEL CRISTO ALCO CER ROSA través de la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de fecha 7 de septiembre de 1995.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, esto último debidamente indexado.

CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante DIANA MARGARITA DEL CRISTO ALCO CER ROSA como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias enderecho una suma equivalente a dos (02) smlmv; igualmente, condenar en costas a

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor de la llamada en Garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., para lo cual se señala como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SEXTO: 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.

4. Recursos.

SKANDIA S.A. señaló que no puede desconocerse las gestiones que ha realizado esa entidad con las que se han obtenido unos rendimientos de los cuales la demandante goza, por lo que no entiende como se ordena la devolución de los rendimientos y se desconoce el trabajo de la AFP ordenando también la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, máxime cuando la deducción de este concepto tiene sustento en la Ley 100 de 1993; que la indexación no fue solicitada en la demanda, lo que se excedería de las facultades ultra y extra petita, teniendo en cuenta que ello no fue debatido en la etapa procesal correspondiente.

Por su parte, **COLPENSIONES** indicó que la Ley 797 de 2003 limitó la posibilidad de traslado de los afiliados cuando les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, razón por la cual, todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del principio de sostenibilidad financiera; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para trasladarse en cualquier tiempo, ni tenía una expectativa pensional o derecho adquirido; que la demandante elevó solicitud de regreso a Colpensiones el 22 de junio del 2019, data para la cual contaba con 55 años de edad, encontrándose inmersa en la prohibición legal de traslado, por lo que resulta improcedente de abril del tenerla como afiliada al RPM en salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera del sistema; que resulta desmedido exigir

que se hubiese realizado alguna proyección pensional o imponer un deber de asesoría y consejo cuando ello no era obligatorio conforme a las normas vigentes para la época del traslado; que debe tenerse en cuenta que la demandante es profesional en economía por lo que tenía una capacidad de ilustrarse y asesorarse mejor e indagar más en el tema del RAIS; que también debe tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por lo que los actos jurídicos tienen efecto entre las partes que lo celebraron, por lo que Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la parte actora y la demandada COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a SKANDIA S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 14 de julio de 1986 presenta aportes en tal régimen (Fl. 42 archivo 06); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora

AFP PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., el 07 de septiembre de 1995 (fl. 33 del archivo 05).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 33 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 07 de septiembre de 1995 con SKANDIA S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Alcocer Rosa se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (07 de septiembre de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar, así como que se podía pensionar a una menor edad con mayor mesada pensional, sin embargo no le explicaron como ocurriría ello; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en

cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que la demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado estudios en economía, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información, más aún cuando la actora en su interrogatorio manifestó que nunca le dieron a conocer las características del RAIS.

Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia CSJSL SL1949-2021, donde se manifestó que *“no puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”*.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (CSJSL1688-2019).

En cuanto al argumento relativo a que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía un derecho adquirido o expectativa pensional, en sentencia CSJSL 1688-2019, se expuso 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.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora realizó la solicitud de retorno a esta entidad cuando ya se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en

sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En el mismo sentido, ha explicado dicha corporación en relación con el derecho de retracto, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida (CSJSL1217-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Ahora bien, refiere Colpensiones que debe tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil que establece, básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes, sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que este principio no resulta ser absoluto, como se indicó en la sentencia CSLSC 1182-2016 del 08 de febrero de 2016 (rad. 54001-31-03-003-2008-00064-01), razón por la cual, si bien Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado

de régimen de la actora, el incumplimiento al deber de información por parte de Skandia S.A. puede afectarla, tal y como acontece en este asunto.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensional (CSJSL2173-2022), por lo que, al imponerse la condena atendiendo tales directrices se confirmará.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR la decisión de primer grado, en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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.

SEGUNDO. – Confirmar en lo demás, la sentencia apelada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

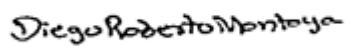
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

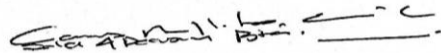
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2020 00455 01.

Demandante: **DIANA MARGARITA DEL CRISTO ALCOCER ROSA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas SKANDIA S.A. como
agencias en derecho la suma de \$750.000



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00534 01.
Demandante: **CLAUDIA LEONOR BARRAGÁN VALBUENA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA LEONOR BARRAGÁN VALBUENA** promoviese contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., así como de los demás traslados que efectuó dentro del R.A.I.S. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a las AFP COLFONDOS S.A., trasladar a Colpensiones los aportes realizados por la demandante, así como los rendimientos e intereses, y a esta última a aceptar dichos dineros y registrarla como afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00534 01.
Demandante: **CLAUDIA LEONOR BARRAGÁN VALBUENA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 09), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo entre estas la de compensación y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Así mismo, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivo 11), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El A Quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Porvenir y con esto a la afiliación realizada a la Sra. Claudia Leonor Barragán Valbuena, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.826.180, el 30 de mayo de 2000.

SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. Claudia Leonor Barragán Valbuena, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.826.180, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida- Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la Sra. Claudia Leonor Barragán Valbuena a Colpensiones, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra.

Claudia Leonor Barragán Valbuena e integrar la totalidad de su historia laboral.

QUINTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN, a trasladar el RPM, de su propio patrimonio, los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas, de manera proporcional al periodo en el que la demandante estuvo afiliada a cada AFP. Para tales efectos, se CONMINA a Colpensiones a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

SEXTO: DECLARARÁ NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A.. Se fijan como agencias en derecho la cantidad de dos (2) S.M.L.M.V., a cargo de cada una de ellas y en favor de la demandante.

4. Providencia Recurrida.

PORVENIR S.A. dijo que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria y que no existió ningún tipo de coerción; que la misma es válida en la medida que se cumplieron con las obligaciones en materia de información conforme la normatividad vigente al momento del traslado; que la demandante conocía las consecuencias del acto que estaba suscribiendo pues tenía información acerca de las particularidades del RAIS; que la actora, como consumidora financiera tenía la obligación de informarse, acto que nunca llevó a cabo; que la accionante tuvo múltiples oportunidades de regresar al RPM, pero ratificó su intención de permanecer en el RAIS al realizar múltiples traslados dentro de este; que no existe ningún vicio que permita declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen.

Solicitó que, en caso de no tenerse en cuenta lo anteriores argumentos, se revoque la condena respecto de la devolución de gastos de administración y descuentos por seguros previsionales, ya que los mismos tienen una destinación específica por mandato legal, la cual ya fue cumplida por esa AFP y esos dineros ya fueron invertidos en la forma exigida por la ley, por lo que ya no se encuentran su poder y que en el RPM igualmente se le hubiese exigido a la demandante un pago para los gastos de administración.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** señaló que la comisión de administración y la prima de seguro previsional son descuentos autorizados por

la ley y opera en ambos regímenes; que la orden de devolución de tales conceptos constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, máxime cuando estos conceptos no están destinados a financiar la pensión de vejez de la demandante, además que se están trasladando los rendimientos, por lo que esa AFP tiene derecho a conservar la comisión de administración por restitución mutua; que tampoco hay lugar a trasladar la prima del seguro previsional, pues esta ya fue sufragada y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y que para estos conceptos sí opera el fenómeno prescriptivo.

COLFONDOS S.A. adujo que mientras la demandante estuvo afiliada a esa AFP esta cumplió con el deber de administrar su cuenta de ahorro individual y gracias a su buena gestión se obtuvieron unos rendimientos, por lo que se debe aplicar criterios de equidad y justicia, pues si se trasladan todos los rendimientos no existe la obligación de trasladar las cuotas de administración y que en cumplimiento de un deber legal, esa AFP adquirió una póliza de seguros, por lo que los dineros correspondientes fueron trasladados a la aseguradora y la AFP nunca administró esos dineros, por lo que no le es dable devolver esos montos, por cuanto no estuvieron en la cuenta de ahorro individual de la actora y tampoco hacen parte del pago de la pensión.

Finalmente, **COLPENSIONES**, precisó que su inconformidad se presenta respecto de la inversión de la carga de la prueba, pues que quede en cabeza de los fondos privados demostrar el deber de información es desproporcionado, debido a que con la sola manifestación de la demandante se tiene por cierto un hecho y las demandadas no se encuentran en condiciones de probar que se le brindó la información a la actora; que del interrogatorio de parte rendido por la accionante se evidencia que firmó unos formularios de afiliación de manera voluntaria, que se continuó mes a mes con el pago de aportes durante cierto tiempo, lo que conlleva actos de relacionamiento, así como el no manifestar su inconformidad y la omisión de acercarse a las oficinas de los fondos privados o a Colpensiones para devolverse al RPM.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00534 01.
Demandante: **CLAUDIA LEONOR BARRAGÁN VALBUENA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

fue utilizado por los apoderados de la parte actora y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00534 01.
Demandante: **CLAUDIA LEONOR BARRAGÁN VALBUENA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de agosto de 1985 presenta aportes en tal régimen (carpeta 12 expediente administrativo); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., el 30 de mayo del 2000 (fls. 83 archivo 01 y fl. 38 archivo 02).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 83 del archivo 01 y 38 del archivo 02, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de mayo del 2000 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin

presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, para la época en que la señora Barragán Valbuena se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de mayo del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar y que por ello el fondo privado le ofrecía el manejo de sus ahorros pensionales, que le ofrecieron rendimientos altos y pensión a menor edad; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP con la que inicialmente hiciera el traslado de régimen, esto es Porvenir S.A., que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía el deber de asesorarse y/o informarse, si bien ello resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Ahora bien, en cuanto a la permanencia de la actora en el fondo por más de 20 años, el pago de los aportes y los traslados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 08 de noviembre de 2001 (fl. 77 archivo 01 y fl. 51 archivo 10), PORVENIR S.A. el 29 de octubre de 2002 (fl. 75 archivo 01), PROTECCIÓN S.A. el 28 de mayo del 2013 (fl. 52 archivo 10) y finalmente a COLFONDOS S.A. el 17 de noviembre de 2015 (fl. 145 archivo 01), es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que tenía PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

En el mismo sentido, ha explicado dicha corporación en relación con el derecho de retracto, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida (CSJSL1217-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, y frente a la orden de devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo gastos de administración, en sentencia como la CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora,

sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, **los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;**

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (CSJ SL1689-2019 y CSJ SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, **COLFONDOS S.A.** debe trasladar a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados. Igualmente, en el sentido de **ADICIONAR** que **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.** deberán devolver las sumas descontadas por gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones con cargo a sus propias utilidades y proporcional al tiempo que estuvo vinculada la actora; rubros que deberán pagarse debidamente indexados. **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

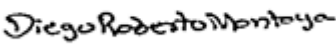
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados

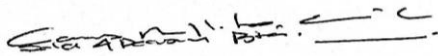


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00534 01.
Demandante: CLAUDIA LEONOR BARRAGÁN VALBUENA.
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **BERTHA CONSUELO JIMÉNEZ** promovió contra **TRANSMILENIO S.A., ANGELCOM S.A.S, y ADETEK C.T.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne, con la demanda, la activa aspiró la declaratoria de un contrato de trabajo del 02 de enero de 2009 a 31 de mayo de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicitó reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir, horas extras, dominicales y festivos, intereses moratorios, cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, auxilio de transporte, sanción

moratoria, indexación, y daños morales. Imposiciones con respecto a las cuales deprecó la solidaridad de las codemandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante argumentó, en síntesis, que: **1)** Entre TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S. se suscribió un contrato de comercial de concesión, y entre esta última y ADETEK C.T.A. un contrato de prestación de servicios para enviar trabajadores en misión que requería TRANSMILENIO S.A., bajo las órdenes, supervisión y vigilancia de ANGELCOM S.A.S.; **2)** Suscribió un contrato de asociación con ADETEK C.T.A.; **3)** Devengaba un salario mínimo legal; **4)** Su fuerza de trabajo se desarrolló con el ánimo de aportar productividad y sostenimiento a TRANSMILENIO S.A. como beneficiario de la obra; **5)** La labor la ejecutó de forma personal, recibiendo órdenes impartidas por el Coordinador de Zona, el Asistente Operativo, y la Gerente de ADETEK C.T.A., y por parte de empleados de ANGELCOM S.A.S.; **6)** ANGELCOM S.A.S. realizaba capacitaciones para el manejo de equipos y servicio al cliente; **7)** Debía dirigirse a ANGELCOM S.A.S. para verificar descuadres en cuentas y posibles problemas con tarjetas; **8)** Atendía en horarios variados, de 4:15 A.M. a 2:00 P.M. o de 1:45 P.M. a 12:00 M., incluso con extensión en horarios especiales como Bogotá Despierta; aunque el horario podía variar según solicitud de ANGELCOM S.A.S., de acuerdo a las necesidades de TRANSMILENIO S.A., así como que fueron rotados en las instalaciones de esta por las mismas razones; **9)** El horario era de domingo a domingo con un día de descanso a la semana; **10)** No se pagaron las acreencias laborales que se pretenden; **11)** Sus funciones fueron las de orientación al pasajero, conteo de tarjetas, transportar moneda, venta de pasajes, venta de tarjeta inteligente, aseo de taquillas (barrer, trapear, limpiar vidrios), y relevos de descansos; **12)** La relación laboral la finiquitó ADETEK C.T.A.; y **13)** Las demandadas fueron sancionadas por realizar prácticas violatorias de derechos laborales por la modalidad de contratación.

2. Actuación Procesal.

2.1. Contestación de la demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

ANGELCOM S.A.S. (archivo 19 de la carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la suscripción del contrato de concesión con **TRANSMILENIO S.A.**, el cual se dirigió a la explotación económica de la plataforma tecnológica para el recaudo de los dineros producto de la venta del servicio público de transporte; y que de lo anterior surgen varios procesos de apoyo que no formaban parte de su actividad misional permanente, tales como, aseo, transporte de valores, seguridad de las estaciones, y el apoyo operativo al recaudo, que fue para lo que se contrató con la C.T.A.

Indicó nunca haber suscrito contrato con la demandante y que nunca le impartió órdenes; que la actora hacía parte de una C.T.A., estando sujeta a las normas propias que rigen el cooperativismo; y que no existe prueba que dé cuenta que intervino directa o indirectamente de las decisiones de la C.T.A.

Por su parte, **TRANSMILENIO S.A.** (archivo 24 de la carpeta 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que **ANGELCOM S.A.S.** fue la empresa a la que se adjudicó un contrato de concesión para el recaudo en el sistema de Transmilenio.

Expuso que la actora nunca hizo parte de su planta de personal, sino de la de **ADETEK C.T.A.**; que las funciones de la actora eran las de orientación al pasajero, conteo de tarjetas, transportar moneda, venta de pasajes, venta de tarjetas inteligentes, aseo de taquillas, barrer, trapear, limpiar vidrios y relevo de descanso, lo que no se ubica dentro de las funciones de sus trabajadores de

planta, por demás que tales actividades resultan ajenas al giro ordinario de sus negocios.

Finalmente, **ADETEK C.T.A.** (archivo 28 de la carpeta 01), de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y compensación.

Señaló que la actora suscribió un contrato de asociación, fungiendo como propietaria, gestora, y trabajadora, ya que aportaba su trabajo, efectuaba aportes mensuales en dinero, participaba en la administración de la C.T.A., y tenía un vínculo de trabajo asociado sobre el que se generaba un aporte en trabajo, adicional al aporte en dinero; que la actora producto de su labor recibía compensaciones, y no salario; que recibió capacitación en cooperativismo, así como cursos para la atención integral de pasajeros con discapacidad; que la demandante ejerció su derecho de participación democrática al interior del ente solidario; y que la accionante presentó renuncia voluntaria de su parte.

2.2. Llamamiento en garantía.

TRANSMILENIO S.A., llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fls. 40 a 42 del archivo 24 de la carpeta 01), quien se opuso a las pretensiones de la demandada, así como a las del llamamiento en garantía, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (archivo 07 de la carpeta 02).

Explicó que la vinculación de la actora fue mediante cooperativas, la que se realizó de forma libre y voluntaria; que era la C.T.A., quien organizaba el trabajo de la actora, y les daba directrices; que la actividad desplegada por la demandante no hacía parte del giro ordinario de los negocios de TRANSMILENIO S.A.; que la operación de recaudo se encuentra prohibida para TRANSMILENIO S.A.; que la póliza suscrita con TRANSMILENIO S.A., únicamente cobija salarios y prestaciones sociales; que algunos contratos de

trabajo requeridos no tienen cobertura por falta de vigencia dentro de la póliza de seguro; y que únicamente está obligado a responder hasta el límite de la suma asegurada.

3. Providencia Recurrida.

La A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió la A Quo, que no era objeto de controversia que entre TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S. se celebró un contrato de concesión para que el último se encargara del recaudo de dineros dentro de la operación del sistema, así como disponer del personal necesario para tal fin.

Indicó que ANGELCOM S.A.S. dispuso que ADETEK C.T.A. sería la responsable del reclutamiento, selección, coordinación, y remoción del personal para la ejecución del contrato de concesión celebrado entre ANGELCOM S.A.S. y TRANSMILENIO S.A.

Señaló que la actora fue vinculada por la C.T.A., mediante convenio de asociación, por lo que era necesario que verificar si se presentaron los elementos propios del contrato de trabajo, en virtud del principio de la primacía de la realidad.

Manifestó que al evaluar el material probatorio encontró acreditado en juicio que la actora solicitó su afiliación a la C.T.A., que recibía compensaciones, capacitaciones en cooperativismo; que no se demostró que ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A. ejerciesen actos de subordinación, o que ADETEK C.T.A. fuese un intermediario; y que según la misma demandante al rendir interrogatorio la única intervención de ANGELCOM S.A. era para verificar descuadres de cajas, lo que según la testigo Yasmín Sánchez no se hacía directamente con la demandante, sino con los coordinadores de ADETEK.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** manifestó que el criterio del despacho riñe con lo que se demostró dentro del proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues se le da prelación a los actos formales de TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S., así como la cooperativa que se creó para vulnerar sus derechos los derechos de la demandante; que se debe valorar exhaustivamente el acervo probatorio, pues se da prelación a actor formales, ANGELCOM S.A.S. fue evidentemente asesorada para cumplir la carga de probar que la C.T.A. existía y cumplió con todo lo que la ley exige; que el Despacho se aparta de la realidad demostrada dentro del proceso, se ciñe al papel, pese a que de los interrogatorios de parte y de los testimonios se logró colegir que, el único objetivo del acuerdo comercial entre TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S. era el recaudo, el que es únicamente recoger el dinero de los pasajes; que el anterior objeto descrito fue trasladado a la C.T.A., de modo que, con ello se desconoce normas constitucionales, por demás que las cooperativas han sido utilizadas para desmejorar los derechos de los trabajadores; que es mentiroso hacer pretender ver ADETEK C.T.A. tenía esa capacidad de recaudo, y hacer valer los documentos referidos a tal circunstancia, como prueba, cuando la C.T.A. ni siquiera contaba con experiencia en dicho temario, más aún cuando una vez creada la C.T.A. suscribió el contrato con ANGELCOM S.A.S., se le dio el manejo de más de \$1'800.000 de pasajes diarios, y de una ciudad macro como lo es Bogotá; que de las declaraciones se logra determinar que hubo “actos de subordinación de ANGELCOM S.A.S. y TRANSMILENIO S.A.”; y que por lo dicho, no se puede menoscabar la realidad de lo que se demostró, pues lo que se discute es la primacía de la realidad sobre las formas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual

fue utilizado por los apoderados de la parte actora, TRANSMILENIO S.A., y SEGUROS DEL ESTADO S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello, se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Entre la demandante y alguno de los demandados se presentó un contrato de trabajo?, o ¿se presentó una vinculación distinta a un convenio de asociación?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del contrato de trabajo y de los convenios de asociación a cooperativas de trabajo asociado.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un

salario, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción; en sentencia del CSJ, rad. 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017.

Por otra parte, no se debe pasar por alto que, el **convenio de asociación** encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de *socio*, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado, tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de*

trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

De la normatividad señalada, se concluye entonces que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, -salvo las excepciones autorizadas por ley- y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de *trabajadores y gestores* de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular, de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, lo que desata la consecuencia jurídica también dispuesta en dicha normativa según la cual, cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Efectuadas las anteriores precisiones, se encuentra acreditado en juicio: la suscripción de un contrato de concesión comercial entre ANGELCOM S.A.S. y TRANSMILENIO S.A. el 19 de abril de 2000, con el fin de otorgar “*la explotación económica del recaudo del sistema Transmilenio por el concepto de venta del servicio de transporte público de pasajeros*” (CONTRATO CONCESIÓN ANGELCOM S.A. obrante en la carpeta 029 del cuaderno 01); la celebración de dos contratos entre ANGELCOM S.A.S. y ADETEK C.T.A.: el primero, un convenio cooperativo del 28 de junio de 2004, que tuvo por finalidad que ADETEK C.T.A., le prestara a ANGELCOM S.A.S., apoyo

administrativo y operativo de sus actividades de conformidad con el convenio que tiene vigente con TRASMILENIO S.A., y el segundo, un contrato para la prestación de servicios de apoyo logístico, administrativo, y operativo para el recaudo de dinero que data del 01 de noviembre de 2010 (archivo contrato prestación servicios Angelcom – Adetek de la carpeta 020 obrante en el cuaderno 01); la vinculación de la actora mediante contrato de asociación con ADETEK C.T.A. del 02 de enero de 2009 al 30 de mayo de 2015 (fl. 23 del archivo 03 obrante en el cuaderno 01); la participación de la actora en cursos de cooperativismo el 27 y 28 de mayo de 2009 (fl. 27 del archivo 03 obrante en el cuaderno 01); la sanción impuesta a ADETEK C.T.A. por parte del Ministerio del Trabajo, por el suministro de trabajadores en misión, mediante la Resolución 000523 del 15 de abril de 2015 (fls. 305 a 320 del archivo 03), así como la revocatoria de tal sanción a través de la Resolución 001657 del 25 de agosto de 2015 (archivo resolucion_1657[sic] de la carpeta 020 archivo 03 obrante en el cuaderno 01); y la reclamación elevada por la actora el 22 de diciembre de 2016 ante TRANSMILENIO S.A., y ANGELCOM S.A.S., solicitando el pago de sus acreencias laborales como trabajadora, la que fue resuelta de forma negativa por estas (fls. 18 a 22 del archivo 03 obrante en el cuaderno 01).

Ahora bien, de conformidad con los elementos probatorios allegados, especialmente del testimonio de **Rosa Inés Ruiz Santana y Yasmine Sánchez Rodríguez**, es un hecho probado que la actora prestó su fuerza de trabajo a **ADETEK C.T.A.** para que esta prestara servicios de Taquilla en TRANSMILENIO S.A.; no obstante, tal circunstancia *per se* resulta insuficiente para establecer que aquella cooperativa actuó en realidad como empleadora, siguiendo los lineamientos de la Ley 79 de 1988 y sus Decretos Reglamentarios 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011; normativa en virtud de la cual, la Cooperativa puede, en atención a su facultad de autogobierno, establecer como normas sociales en sus estatutos, el direccionamiento del servicio mediante horarios y controles correccionales que en manera alguna deben entenderse como subordinación.

No obstante, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, es dable adentrarse a analizar la situación particular del trabajador, y de evidenciarse que se usó como los anteriores direccionamientos para encubrir un verdadero contrato de trabajo, se impone la declaración de este último entre las partes, debiendo entonces la pasiva desvirtuar que ejerció algún tipo de acto de subordinación, recuérdese que el papel de la cooperada es al mismo tiempo el de trabajadora y socia.

Valga además señalar que, las normas antes reseñadas prohíben la desnaturalización del trabajo asociado y la prohibición de las cooperativas para actuar como empresas de servicios temporales, no obstante, de presentarse tal escenario, la consecuencia sería considerar a la trabajadora dependiente de la persona natural o jurídica que se benefició con su trabajo; en este asunto, TRANSMILENIO S.A., de conformidad con los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006.

Así las cosas, sea lo primero precisar que en interrogatorio de parte, la accionante fue clara en manifestar que realizaba aportes sociales con destino a ADETEK, que le fueron devueltos cuando se retiró; que participó en votaciones dentro de la C.T.A.; que recibió charlas, y diligenció formatos respecto de tales votaciones; que recibía compensaciones mensuales y semestrales, devolución de aportes, ayuda para transporte y de alimentos, y descanso anual remunerado; que sus uniformes, carnet, y botas, se las dio ADETEK, dos veces al año; que iba a eventos de final de año con la C.T.A.; que las anteriores eran informadas por el Coordinador, quien era de la C.T.A.; que no fue objeto de suspensión, llamado de atención ni disciplinarios; que la asignación de taquilla era a través del coordinador; y que en caso de retraso lo informaba al coordinador de zona.

En suma, de la declaración rendida en el proceso por la señora **Yasmine Sánchez Rodríguez**, aunado a la documental adosada, la Sala puede concluir que la demandante solicitó de manera libre su afiliación a la cooperativa; fue

capacitada en cooperativismo; conocía los estatutos o régimen de compensaciones, así como el régimen de trabajo asociado; que la actora participaba en las decisiones democráticas de la C.T.A., eligiendo compañeros para fueran delegados en la Asamblea; que participó activamente en todas las actividades de la cooperativa, como reuniones de fin de año, de la familia, y recreación; que la C.T.A., brindaba espacios de esparcimiento como teatro; que ante un incumplimiento el que intervenía era un coordinador de la C.T.A.; que cuando había un faltante, el coordinador hacía un arqueo de caja donde se comparaba efectivo vs máquina registradora, haciendo el corte y cierre al final del día; que si era el caso se indicaba el faltante a la asociada y esta debía reponerlo; que se tenía definido un régimen de compensaciones, en el que se incluía compensación ordinaria, extraordinaria, auxilio de alimentación, bonificación por descanso anual, compensación anual, auxilio de alimentación, y compensación semestral; y que cuando se retiran, se hace devolución de sus aportes sociales.

En consecuencia, para la Sala resulta claro que la vinculación de la demandante con ADETEK C.T.A., estuvo regida por un verdadero Acuerdo Cooperativo, esto es, que operó una relación regida por un contrato de asociación, pues si bien aparece demostrada la prestación de servicios, lo cierto es que se acreditó la inexistencia de los restantes elementos de un contrato de trabajo, por cuanto la actora fue clara en señalar que, además de no ser objeto de ningún tipo de sanción, podía participar en el gobierno de la cooperativa, y en la adopción de decisiones de esta, de allí que emerja no sólo su condición de trabajador sino también la de socia.

En cuanto al testimonio de **Rosa Inés Ruiz Santana**, la Sala evaluó su declaración con mayor rigurosidad, pues mencionó que tenía una demanda con pretensiones similares a las del presente proceso; en todo caso, se estudió su declaración de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, encontrando que su declaración resulta insuficiente para considerar que se desnaturalizó el convenio de asociación, pues también ofrece elementos para determinar que lo que

existió fue tal tipo de acuerdo, ya que aduce que, la actora debía asistir a unas charlas después de su horario laboral; que no recuerda medida disciplinaria contra la actora; participaba en las novenas que realizaba TRANSMILENIO S.A. y que eran organizados por el coordinador de la zona, y que la actora tenía participación en las asambleas de ADETEK C.T.A.

Por otra parte, no se concluye de la prueba arrojada a las diligencias que se hubiesen configurado los elementos del contrato de trabajo respecto de TRANSMILENIO S.A., o ANGELCOM S.A.S., y de los interrogatorios de parte de los representantes legales de **ANGELCOM S.A.S. y ADETEK C.T.A.**, no se logra extraer una confesión, por el contrario, son claros en manifestar que lo que existió entre las partes fue un contrato de asociación, que la actora recibió directrices de la C.T.A., y que esta nació de un grupo de 20 asociados que quisieron unir esfuerzos para ofertar servicios de apoyo operativo y logístico a terceros; motivo por el que tampoco es dable establecer en virtud del principio de la realidad sobre las formas que, el verdadero empleador de la demandante fuera ANGELCOM S.A.S. o TRANSMILENIO S.A., pues de ningún elemento probatorio se logra determinar que los actos de la actora, especialmente, los actos de gobierno de la C.T.A., fueran meramente una fachada, por el contrario a ello, lo que resulta palmario es la existencia de un contrato de asociación que existió única y exclusivamente con ADETEK C.T.A. y que se desarrolló de conformidad con la normatividad que regula tal materia.

Finalmente, los argumentos atinentes a que la C.T.A. no contaba con experiencia en recaudo, que fue creada para suscribir un contrato con ANGELCOM S.A.S., y que se le dio el manejo de más de \$1'800.000 de pasajes diarios, son apreciaciones subjetivas del apoderado que no encuentran un verdadero y fundamentado asidero en las pruebas debidamente allegadas al plenario, pues no se desplegó una actividad probatoria suficiente para que la Sala pudiera considerar que la C.T.A. fue creada con el único fin de prestar sus servicios a ANGELCOM S.A.S., que sus asociados no tenían ningún tipo experticia en recaudo, y que su objetivo únicamente fue la de ser intermediaria, pues como quedó visto a lo largo de este proveído no existen elementos

probatorios suficientes para determinar que se está en la realidad frente a un contrato de trabajo con alguna de las demandadas.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte actora.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

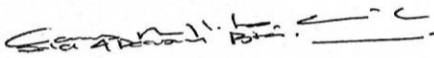
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la parte actora.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **HERNANDO MEJÍA CASTRO** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., así como de los demás traslados que efectuó dentro del R.A.I.S. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. registre que no tuvo vinculación o traslado válido al R.A.I.S., que COLPENSIONES registre y active su afiliación, así como que

actualice su historia laboral, y que PROTECCIÓN S.A. traslade los aportes que recibió, bonos pensionales, y gastos de administración.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (cd folio 136 de la carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (cd folio 138 de la carpeta 01), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

PORVENIR S.A. (cd folio 140 de la carpeta 01), asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

COLFONDOS S.A. (cd folio 142 de la carpeta 01), de la misma forma se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Finalmente, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** (cd folio 144 de la carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.2 Llamamiento en Garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, (cd folio 263 de la carpeta 01), incluyendo la de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los dineros provenientes de **PROTECCIÓN S.A.**, y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas, **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.**,

PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y a favor del demandante, en la suma de \$1.000.000.

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones elevadas por la demandada SKANDIA S.A.

4. Providencia Recurrida.

COLPENSIONES dijo que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no se puede dejar de lado cada situación en concreto, y especialmente que el accionante gozaba de la calidad de profesional, por lo que, podía identificar qué era lo más beneficioso para su futuro pensional; que el actor no goza de una expectativa pensional ni de un derecho adquirido; que la aceptación del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este; que la falta de proyección no es prueba útil para determinar la falta de información, pues para la época del traslado del actor no existía tal requerimiento; que la carga de la prueba recae sobre el demandante, pues es quien afirma un hecho y por ende, es quien debe probarlo; que la ignorancia de la ley no es un fundamento para explicar la existencia de una ineficacia, debiendo el mismo demandante consultar la Ley 100 de 1993; que el actor no guardó fidelidad al sistema pensional, esto podría afectar la sostenibilidad financiera; y que no se debe imponer condena de costas, pues obró conforme a la ley, se estaba en una prohibición de aceptar el traslado del actor.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** señaló que no hay lugar a la devolución de gastos de administración y comisiones, dado que son gastos ya causados, se descontaron de conformidad con la ley, se generaría un enriquecimiento sin causa, pues **COLPENSIONES** recibiría un dinero que nunca gestionó y que proviene del trabajo desplegado por el fondo; que si las cosas deben volver al estado anterior, las consecuencias es que el contrato no existió, que los rendimientos no se causaron, y por ende, deberían conservar los gastos de administración, en virtud de la teoría de las restituciones mutuas; que la

aseguradora es un tercero de buena fe; y que sobre los rubros aludidos opera la excepción de prescripción.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la parte actora, COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, y COLFONDOS S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 25 de junio de 1985 presenta aportes en tal régimen (fls. 32 a 35 del archivo 02); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 12 de diciembre de 1996 (fls.33 del archivo 02).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe

comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 33 del archivo 02, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 12 de diciembre de 1996 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y

veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Mejía Castro se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de diciembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar, y que el fondo privado sería quien asumiría el riesgos pensional; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

De igual manera, y en cuanto al argumento relativo a que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía un derecho adquirido, en sentencia CSJSL 1688-2019, se expuso 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.

Ahora bien, en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 27 de junio de 2001 (fl.81 del cd folio 140 de la carpeta 01), SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el 07 de junio de 2005, y a PROTECCIÓN S.A. el 29 de octubre de 2008 (fls.27,28 a del archivo 02), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A., de haberle brindado en el año 1996 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, **PROTECCIÓN S.A.** debe trasladar a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, **los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;**

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas** a cargo de COLPENSIONES, se considera dable su imposición al resultar vencida en juicio, según los lineamientos del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral **segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, **PROTECCIÓN S.A.** debe trasladar a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, **los valores que se hubieren podido pagar por concepto de bonos pensionales, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**. Igualmente, en el sentido de **ADICIONAR** que **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** deberá devolver las sumas

descontadas por gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

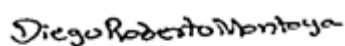
TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

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

Los Magistrados,



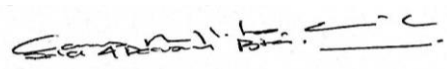
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTTOYA MILLÁN

DIEGO ROBERTO MONTTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2019-00803 -01.
Demandante: **HERNANDO MEJÍA CASTRO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas PROTECCIÓN S.A. como
agencias en derecho la suma de \$750.000.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2020-00030 -01

Demandante: **ANDERSON DUVAN GÓMEZ CASAS.**

Demandado: **LUIS CARLOS GÓMEZ ALUMINIO ARQUITECTÓNICO S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 07 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ANDERSON DUVAN GÓMEZ CASAS** promovió contra **LUIS CARLOS GÓMEZ ALUMINIO ARQUITECTÓNICO S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicitó la declaratoria de un contrato a término indefinido del 02 de enero de 2018 al 01 de diciembre de 2019; que su salario era de \$2'000.000; y que fue despedido sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, pretende el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, dotación, subsidios familiares, indemnización por despido sin justa causa, e indemnización del artículo 140 del C.S.T.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que:

- 1) Inició labores el 02 de enero de 2018 con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el que fuere celebrado de forma verbal; 2) Desempeñaba el cargo de Encargado de Planta, realizando funciones de hacer planes de compra, supervisión de la obra, y verificación de los elementos de protección personal de los obreros, en las ciudades Soacha y Bogotá; 3) Debía cumplir las órdenes impartidas por su jefe inmediato, Luis Carlos Gómez Guzmán; 4) Devengaba \$2'000.000; 5) Cumplía una jornada de ocho horas con un día de descanso; 6) No le pagaron las acreencias laborales que pretende; y 7) Al momento de la terminación del contrato de trabajo no le informaron el estado de sus cotizaciones a seguridad social.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

La **demandada** (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó que el señor Luis Carlos Gómez Guzmán, era quien impartía órdenes al actor; y que no pagó prestaciones sociales, vacaciones.

Indicó que entre las partes se celebró inicialmente un contrato de trabajo el 22 de enero de 2018 por obra o labor, no obstante, que el actor sólo prestó sus servicios los días 23 y 24, y luego, no regresó; que el actor se vinculó nuevamente mediante contrato de trabajo a término indefinido, laborando del 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018, fecha en la que renunció; que el actor volvió a prestar sus servicios del 19 de febrero al 30 de junio de 2019, sin embargo, nuevamente se retiró; que el demandante retornó del 01 de septiembre al 16 de octubre de 2019; que el actor cumplía funciones de ensamblaje, corte de material, y esporádicamente de transporte de dicho material; que el actor laboraba en Pacho- Cundinamarca; que si bien el actor

recibía órdenes del señor Luis Carlos Gómez Guzmán, tenía un superior jerárquico intermedio, Juan Sebastián Rodríguez Rincón; que el pago de prestaciones sociales no se pudo concretar porque el actor dejaba intempestivamente su puesto de trabajo; y que siempre suministro dotación, así como pagó los correspondientes parafiscales.

3. Providencia Recurrida.

La A Quo dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, existió un contrato de trabajo pactado por duración de obra o labor contratada, que se mantuvo vigente entre el 22 de enero de 2018 y el 30 de octubre de 2019, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el salario devengado por el demandante es la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del actor, la suma de \$3.806.208, por concepto de reliquidación de las tres prestaciones sociales causadas durante la relación laboral, adeudadas al actor al término de la relación laboral.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del actor, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a razón de un salario diario por día liquidado en la suma de \$27.603 por cada día de retraso en el pago de las prestaciones sociales, causada a partir 1 de noviembre 2019 y hasta el 18 de octubre de 2020, para un valor total liquidado en la suma de \$9.605.844.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del actor, el valor de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo como IBC el salario real devengado, equivalente a un salario mínimo, que deberá ser liquidado ante por el fondo administrador de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, previa la elaboración del cálculo actuarial y a su entera satisfacción.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada; inclúyase en la liquidación de costas la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, valor en que se estiman las agencias en derecho.

OCTAVO: DISPONGASE la entrega del título de Depósito Judicial constituido por la suma de \$1.287.805, por la demandada a favor del demandante.

En síntesis, refirió que se allegó contrato de obra o labor con fecha 22 de enero de 2018; que de las pruebas obrantes en el plenario se logra determinar que, el actor desempeñaba la relación laboral de ensamblador; que no hay documental de la que se pueda extraer que el contrato terminó el 01 de noviembre de 2019; que las liquidaciones allegadas al plenario no gozan de validez, puesto que no están suscritas por el demandante; que de la historia laboral del actor es dable establecer que se pagaron los aportes al actor y que laboró hasta el 30 de octubre de 2019, por lo que, se tuvo como extremo final, esta última fecha; que los comprobantes que contienen un salario de \$2'000.000 hacen alusión a una bonificación, sin que esté completamente demostrado que, se reconocían de forma permanente y periódica; que por lo anterior, el salario a tener en cuenta en 2019, es el salario mínimo; que no es dable reconocer indemnización por despido sin justa causa, como quiera que está suficientemente acreditado el hecho del despido, más aún cuando se hace alusión a una renuncia impetrada por el actor en una charla telefónica con su

empleador; que al encontrarse acreditada una relación laboral, se debe reconocer a favor del actor prestaciones sociales y vacaciones, sin embargo, es dable descontar el valor pagado a través de título judicial; que no se demostró buena fe por parte del empleador, de modo que se debe pagar sanción moratoria, la que se extenderá hasta el 18 de octubre de 2020, pues hasta esta fecha se efectuó el pago de prestaciones sociales mediante título judicial; que se deben reajustar los salarios pagados por aportes a pensión, de modo que es dable su reajuste, no siendo así con salud, A.R.L., y subsidio familiar, pues no se demostró un perjuicio por la omisión en el pago en tal concepto; que se absuelve por dotación, como quiera que no se acreditó los perjuicios por su falta de suministro; y que para que haya lugar a la indemnización del artículo 140 del C.S.T., debía existir claridad acerca de la fecha de terminación, no obstante, se tomó una data aproximada.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte demandada** adujo que, se desconocieron las pruebas y valoraron indebidamente, puesto que se dejó de lado los documentos y los testigos que comparecieron a juicio, en donde se da cuenta de las suspensiones que tuvo la relación laboral; y que se debió valorar la prueba en su conjunto; que no era posible reconocer sanción moratoria, pues el principio de la buena fe prevalece, correspondiéndole a la parte actora demostrar su mala fe.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Dentro de que extremos temporales se desarrolló el contrato de trabajo celebrado entre las partes; y ¿se encuentra ajustado a derecho el pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a salud social, y sanción moratoria.?

Tesis

Modificar y revocar parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EXTREMOS TEMPORALES.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJSL12872-2017.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJSL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora.

Descendiendo al caso, encuentra la Sala luego de verificar el acervo probatorio recolectado que el demandante sí prestó sus servicios a Luis Carlos Gómez Aluminio Arquitectónico S.A.S., pues en la contestación de la demanda se aceptó tal situación, no obstante, se señaló que si bien entre las partes se celebró inicialmente un contrato de trabajo por obra o labor el 22 de enero de 2018, el actor sólo prestó sus servicios los días 23 y 24 de dicho mes, y luego, no regresó; y que el demandante laboró del 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018, del 19 de febrero al 30 de junio de 2019, y del 01 de septiembre al 16 de octubre de 2019; lo que es conteste con las documentales obrantes en el plenario, en donde se verifican pagos por nómina que datan del 18 de diciembre de 2018, 09 al 23 de marzo de 2019, 04 al 18 de mayo de 2019, 18 de mayo al 01 de junio de 2019, y 01 al 15 de junio de 2019 (fls. 21 a 25).

Aunado a ello, obra certificación de trabajo en alturas y espacios confinados de fecha 13 de abril de 2019, planillas de ingreso del actor en los periodos de marzo y abril de 2019, entrega de dotaciones al actor en las mismas fechas, y liquidaciones de contrato que señalan servicios del 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018, 19 de febrero al 30 de junio de 2019, 01 de septiembre al 16 de octubre de 2019 (fls.7, 26, 27, 30 y 32 del archivo ANEXOS 2020-0003020201014_11485168 de la carpeta 03).

En consecuencia, y dado que, según el dicho del demandado y los documentos obrantes en el plenario, el demandante prestó sus servicios de forma interrumpida, le correspondía a este acreditar que durante los periodos que no fueron aceptados por el empleador sí le prestó sus servicios; ello, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Al punto, se encuentra que, la testigo **María Alejandra Manosalva Ortega** dijo que el actor estaba trabajando cuando ingresó el 02 de enero de 2019; que el actor cumplía horario de lunes a sábado de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.; y que el actor terminó la relación laboral, según lo que le comentaron, a principios de diciembre de 2019. Por tanto, la Sala no tiene certeza con la declaración aludida que el demandante, prestara sus servicios antes del 02 de enero de 2019, así como tampoco en los interregnos que no acepta el demandado, puesto que la testigo no es lo suficientemente certera al establecer la continuidad y permanencia del demandante en la prestación de sus servicios, así como en mencionar si tuvieron o no interrupciones las labores del accionante.

En consecuencia, con dicha testigo no es dable establecer que en la realidad el trabajador tuvo el contrato de trabajo celebrado entre las partes lo fue sin solución de continuidad, y contrario a ello, las testigos **Cristina Vargas y Aleida Gisell Fernández Quitian**, fueron contestes en manifestar que la prestación del servicio fue interrumpida, señalando la primera declarante que el demandante se retiró el 15 de diciembre de 2018 y regresó en febrero de 2019; que el actor trabajó un tiempo de febrero a junio de 2019, y se fue a

trabajar con Alirio Gómez; y que después volvió el actor en septiembre, y se fue otra vez en octubre; lo que es conteste con lo que se avizora en la prueba documental, así como en los aceptado por la demandada en su contestación.

Al punto, se aclara que a folios 26 y 27 obra la historia laboral de Porvenir S.A. del actor, y allí se observan cotizaciones por enero y febrero de 2018, y febrero a octubre de 2019; recuérdese que dicha documental no es la idónea para demostrar tiempos de servicios, pues la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado *“que así como la historia laboral no prueba la existencia del contrato tampoco demuestra la calidad en que un funcionario presta sus servicios, pues las circunstancias que pueden rodear la afiliación al ISS y el pago de aportes no siempre corresponde a las realidades fácticas”* (CSJSL1783-2021 y CSJSL4697-2021).

Así las cosas, y ante la insuficiencia probatoria únicamente es dable tener la existencia del contrato de trabajo en los mismos términos que confesó el demandado en su contestación de la demanda, por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia en el sentido de establecer que entre las partes se presentaron diversas relaciones de trabajo, y que lo fueron en los siguientes tiempos: 22 a 24 de enero de 2018, 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018, 19 de febrero al 30 de junio de 2019, y 01 de septiembre al 16 de octubre de 2019.

Lo anterior, conlleva a la **reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones** objeto de condena, por lo que, en consideración a que se tuvo un salario mínimo sin que ello fuera objeto de recurso, tenemos que se debieron pagar los siguientes valores:

- 22 a 24 de enero de 2018:

Cesantías: \$6.510,35

Intereses a las cesantías: \$6,51

Prima de servicios: \$6.510,35

Vacaciones: \$3.255,18.

Total: \$16.282,39

- 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018:

Cesantías: \$71.613,85

Intereses a las cesantías: \$787,75

Prima de servicios: \$71.613,85.

Vacaciones: \$35.627,59.

Total: \$179.642,98

- 19 de febrero al 30 de junio de 2019:

Cesantías: \$303.642,53

Intereses a las cesantías: \$13.360,27

Prima de servicios: \$303.642,53.

Vacaciones: \$151.821,27.

Total: \$772.466,6

- 01 de septiembre al 16 de octubre de 2019:

Cesantías: \$105.814,82

Intereses a las cesantías: \$1622,49

Prima de servicios: \$105.814,82.

Vacaciones: \$52.907,41.

Total: \$266.159,54

En consecuencia, se adeudaba un total por concepto de **prestaciones sociales y vacaciones** de **\$1'234.551,51**. No obstante, no se impondrá condena por tal valor como quiera que, la demandada mediante depósito judicial pagó la suma de **\$1'287.505**, por lo que, a la fecha se considera que no se adeuda rubro alguno por el concepto en estudio, de modo que, se **REVOCARÁ** el

numeral tercero la sentencia, y en su lugar, se **ABSOLVERÁ** por prestaciones sociales y vacaciones.

En lo que respecta, a los **aportes a seguridad social**, como se dijo anteriormente a folios 26 y 27 existe evidencia del pago de historia laboral de Porvenir S.A. en donde se observan las cotizaciones de enero y febrero de 2018, y febrero a julio de 2019, septiembre y octubre de 2019; no obstante, enero de 2018 se pagó únicamente sobre dos días, por lo que debe ser incluido un tercer día; no aparece el pago del 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018; y septiembre de 2019 está por debajo del salario mínimo de la época; por lo que, se **MODIFICARÁ** el **numeral cuarto**, en el sentido de establecer que únicamente se deben subsanar tales irregularidades.

Finalmente, y en lo que respecta a **sanción moratoria**, se rememora que en reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, no encuentra la Sala razones que justifiquen su actuar, y el reconocimiento tardío de las prestaciones sociales, pues sólo se efectuó el correspondiente depósito judicial el 19 de octubre de 2020, pese a que la relación finiquitó un año antes, esto es, el 16 de octubre de 2019.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ tal condena; no se establecerá desde el 17 de octubre de 2019, como quiera que dicha circunstancia iría en perjuicio del único apelante.

IV.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán ser ajustadas teniendo en cuenta las revocatorias y modificaciones expuestas en esta sentencia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: – **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que, entre **ANDERSON DUVAN GÓMEZ CASAS** y **LUIS CARLOS GÓMEZ ALUMINIO ARQUITECTÓNICO S.A.S.** se presentaron diversas relaciones de trabajo, y en los siguientes tiempos: 22 a 24 de enero de 2018, 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018, 19 de febrero al 30 de junio de 2019, y 01 de septiembre al 16 de octubre de 2019.

Demandante: **ANDERSON DUVAN GÓMEZ CASAS.**

Demandado: **LUIS CARLOS GÓMEZ ALUMINIO ARQUITECTÓNICO S.A.S.**

SEGUNDO. – REVOCAR el numeral tercero de la sentencia. En su lugar, se dispone **ABSOLVER** a **LUIS CARLOS GÓMEZ ALUMINIO ARQUITECTÓNICO S.A.S.** del reconocimiento y pago de prestaciones sociales y vacaciones.

TERCERO. – MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia, en el sentido de establecer que por **aportes a seguridad social en pensiones**, se debe pagar un día adicional por el periodo de enero de 2018; se debe pagar el periodo del 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2018; y se debe pagar septiembre de 2019, teniendo en cuenta el valor restante para alcanzar el salario mínimo legal.

CUARTO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

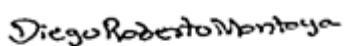
QUINTO. – Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán ser ajustadas teniendo en cuenta las revocatorias y modificaciones expuestas en esta sentencia.

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

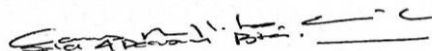
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00041 -01.

Demandante: **YOLANDA SERRANO OTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de abril de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **YOLANDA SERRANO OTERO** promoviese contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia o la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy **PORVENIR S.A.**, y posteriormente a **COLFONDOS S.A.** Como consecuencia de lo anterior, solicita que **COLFONDOS S.A.** la traslade junto con su saldo de la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional y sus rendimientos; y que se ordene a **COLPENSIONES** a recibirla, así como a activar y mantener su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (fl.103), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fl.130) de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Finalmente, **COLPENSIONES** (fl.133), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia recurrida.

En lo que interesa al proceso, la A Quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que efectuara la demandante y que tuvo lugar el día 27 de abril de 1998 con efectividad desde el 01 de junio del mismo año, por ante **PORVENIR S.A.**, por la omisión en el deber de información por parte de tal administradora. Ineficacia que conlleva así mismo, como en efecto se declara, que no tenga valor y efecto el traslado horizontal que realizó la demandante con efectividad desde el 01 de marzo de 2000 ante **COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a COLPENSIONES, incluyendo los valores por capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma que se haya recibido en Régimen de Ahorro Individual por motivo de las cotizaciones efectuadas a favor de parte demandante, orden que se extiende a PORVENIR S.A., respecto del periodo o tiempo, en que rigió la afiliación de la demandante para ese fondo privado en relación con las sumas que corresponden a gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a recibir la totalidad de los recursos conforme se condenó en los numerales que anteceden y a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara como el único válido en material pensional respecto de la demandante (...).

4. Argumentos de la Recurrente.

PORVENIR S.A. dijo que nació a la vida jurídica la vinculación de la accionante de 1998, no obstante, con la declaratoria de ineficacia se están desconociendo principios como la confianza legítima, y sostenibilidad financiera, pues para 1998 era posible brindar la asesoría de forma verbal, y no había necesidad de dejarla documentada, por demás que la actora suscribió el formulario de afiliación; que dicho formulario estaba autorizado por la Superintendencia, la actora no hizo uso del derecho de retracto y no solicitó su traslado dentro del término legal; que estuvo más de 20 años en el fondo, y se surtieron traslados horizontales, lo que permite establecer que era su deseo en el fondo; que no se pueden exigir pruebas que para la época no existían en cabeza del fondo; que la demandante como consumidora financiera tenía el deber de asesorarse y leer los formatos de afiliación; que no es dable la devolución de gastos de administración, ya que la cuenta de ahorro fue

debidamente administrada, se giraron los dineros, y por su naturaleza no son susceptibles de devolución; y que según concepto de la Superintendencia Financiera no es dable devolver gastos de administración, que tal devolución se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, se destina por mandato legal, y no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la accionante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la parte actora y PORVENIR S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de abril de 1983 registra aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 5 a 8; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 27 de abril de 1998 (fl.75 del medio óptico obrante a folio 103).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia

de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, que a folio 75 del medio óptico obrante a folio 103 se avizora el formulario de afiliación

que la demandante suscribió el 27 de abril de 1998 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Conforme a lo dicho, y atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, para la época en que la señora Serrano Otero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (27 de abril de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, ya que únicamente indicó que tuvo que trasladarse pues le fue informado que el I.S.S. se iba a acabar, y que la única forma de no perder sus aportes era vincularse a un fondo privado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

La anterior conclusión tampoco se desvirtúa por los testimonios de Luz Dora Alba Fajardo y Anayibe Durán Olarte, pues aquéllas declararon que sólo les informaron que el I.S.S. se iba a acabar, que se debían afiliar al nuevo régimen pensional, que no se explicaron características de los regímenes

pensionales, y que les ofertaron una pensión más alta en contraste con el I.S.S. sin señalar como se podría alcanzar esta.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (CSJSL1688-2019).

Ahora bien, en cuanto a la permanencia de la actora en el fondo por más de 20 años y el nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a COLFONDOS S.A. el 02 de enero de 2002 (fl.29), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1998 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

En el mismo sentido, ha explicado dicha corporación en relación con el derecho de retracto, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida (CSJSL1217-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que

hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, y frente a la orden de devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo gastos de administración, en sentencia como la CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensional, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que **COLFONDOS S.A.** no sólo debe devolver los valores por capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, y gastos de administración, sino también valores recibidos por concepto de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; todo ello, debidamente indexado.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que **PORVENIR S.A.** no

sólo deberá devolver gastos de administración y sumas adicionales a la aseguradora, sino también sumas pagadas por concepto de seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral **segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que COLFONDOS S.A. no sólo debe devolver los valores por capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, y gastos de administración, sino también valores recibidos por

concepto de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; todo ello, debidamente indexado. Igualmente, el aludido numeral, se ADICIONA en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. no sólo deberá devolver los valores recibidos por concepto de gastos de administración y sumas adicionales a la aseguradora, sino también sumas pagadas por concepto de seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima, debidamente indexados. **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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.

SEGUNDO. –. CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

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

Los Magistrados,

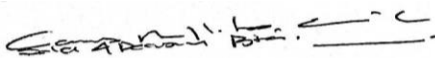


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00041 -01.
Demandante: YOLANDA SERRANO OTERO.
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$750.000 a cargo de PORVENIR S.A.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00065 -01.
Demandante: **ANA CAROLINA GONZÁLEZ SANTACRUZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ANA CAROLINA GONZÁLEZ SANTACRUZ** promoviese contra **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy **PORVENIR S.A.**, y los traslados posteriores. Como consecuencia de lo anterior, solicita su retorno automático a **COLPENSIONES**, que **PORVENIR S.A.** devuelva todos los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones,

bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, y rendimientos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 07), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivo 09), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia recurrida.

En lo que interesa al proceso, el A Quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad

administrado en su momento por la AFP COLPATRIA que tuvo como fecha de suscripción el día 08 de julio del año 1999. En consecuencia, DECLARAR válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con, rendimientos financieros.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante, y a ACEPTAR los valores que remita PORVENIR S.A. en los términos contenidos en el numeral anterior.

CUARTO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones a SKANDIA S.A. (...)

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** señaló, que se omitió la inclusión de los dineros de todos los dineros causados, como los gastos de administración, ya que, los efectos de la ineficacia es que se retrotraigan las cosas a su estado inicial, debiendo responder los fondos privados por su propio patrimonio; y que se debe reconocer costas a cargo de las demandadas, pues fueron partes vencidas en el litigio, ejercieron su derecho de contradicción.

Por su parte, **COLPENSIONES** adujo, que pese a la falta de información de las características de los regímenes pensionales, estas se encuentran en la Ley 100 de 1993, norma que debe ser de conocimiento de todos los colombianos, no siendo dable acudir a la ignorancia de la ley; que para la época del traslado, el deber de información se suplía con el formulario de afiliación; que no se debe pasar por alto el principio de sostenibilidad financiera, y la carga que se generaría a cargo el sistema, pues tendrá que reconocer una prestación de la

que ni siquiera fue participe ni incentivo el traslado o la desafiliación de la actora; y que se debe confirmar la absolución de costas pues no tuvo injerencia en el traslado, debiéndose acceder a la devolución de gastos de administración.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar y revocar parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de enero de 1993 se registran aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 53 a 58 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colpatria Pensiones y Cesantías -hoy PORVENIR S.A.-, el 08 de julio de 1999 (fl.88 del archivo 09).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta

la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 88 del archivo 09 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 08 de julio de 1999 con Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por

la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora González Santacruz se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (08 de julio de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues en su declaración únicamente indicó someramente, que era mejor el fondo privado que el I.S.S., y que este se iba a acabar; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que la demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado estudios en derecho, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información, más aún cuando la actora en su interrogatorio manifestó que nunca le efectuaron una asesoría de forma directa por parte del fondo privado sino que simplemente le otorgaron un paquete con algunos documentos como requisito para lograr su vinculación a su trabajo en la Fiscalía General de la Nación.

Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia CSJSL SL1949-2021, donde se manifestó que *“no puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”*.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (CSJSL1688-2019).

Ahora bien, en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el 22 de septiembre de 2002, a PORVENIR S.A., el 25 de mayo de 2005, y a Horizonte Pensiones y Cesantías -hoy PORVENIR S.A., el 08 de noviembre de 2007 (fls.41 del archivo 06, y 89 del archivo 09), es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que tenía Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1999 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensional, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PORVENIR S.A. no solo debe devolver los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, y rendimientos, sino también los valores que existieren por concepto de bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; todo ello, debidamente indexado.

Por las mismas razones, se hace necesario **REVOCAR el numeral cuarto** de la sentencia, para en su lugar establecer que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS deberá devolver los valores recibidos por concepto de gastos de administración, seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones debidamente indexados.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, considera la Sala que se debe REVOCAR el numeral quinto de la sentencia, y en su lugar que se debe condenar en costas a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, como quiera que resultaron vencidos en el proceso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR que PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES con

motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos, los valores recibidos por concepto de bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados

SEGUNDO. – **REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia. En su lugar, se **CONDENA** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones; rubros que deberán pagarse debidamente indexados. **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos 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. – **REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia. En su lugar, se impone costas a PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.

CUARTO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

QUINTO. – Sin Costas en esta instancia.

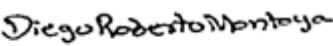
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

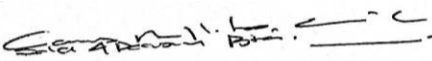
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00065 -01.
Demandante: ANA CAROLINA GONZÁLEZ SANTACRUZ.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2020-00232 -01.

Demandante: **LUIS FELIPE CUESTA URRUTIA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS FELIPE CUESTA URRUTIA** promoviese contra **LA NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende el reconocimiento y pago de una pensión convencional a partir del 30 de diciembre de 2017, con una primera mesada pensional debidamente indexada, reajustes legales, mesadas adicionales, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó los siguientes hechos: **1)** Laboró al servicio del IDEMA del 17 de septiembre de 1984 al 20 de agosto de 1997; fecha en la que se dio por terminado unilateralmente su contrato de trabajo, reconociéndose indemnización por despido sin justa causa; **2)** Su último salario mensual era la suma de \$532.026; **3)** Entre el IDEMA y SINTRAIDEMA se reconoció que a favor de los trabajadores de la primera era dable reconocerles una pensión de jubilación convencional por despido injusto, lo que quedó plasmado en la Convención Colectiva 1996-1998; **4)** Nació el 30 de diciembre de 1957; **5)** El 31 de diciembre de 1997 se extinguió el IDEMA, y asumió sus obligaciones pensionales el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL; y **6)** Reclamó su pensión, no obstante, esta fue resuelta de forma negativa.

2. Actuación procesal.

2.1. Contestación de la demanda.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

LA NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Señaló que el IDEMA desapareció del ámbito nacional y legal, siendo una de las consecuencias de tal situación, la disolución de SINTRAIDEMA; que por lo anterior, perdió vigencia la convención colectiva celebrada entre el sindicato y el IDEMA; y que no se está en presencia de un derecho adquirido, pues en ningún momento se consolidó la pensión que pretende el actor.

2.2 Sucesión procesal.

En audiencia del 16 de marzo de 2022, se tuvo como **sucesor procesal** de LA NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a la **U.G.P.P.** (archivo 18).

3. Providencia recurrida.

La a quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la UGPP a reconocer la pensión convencional al demandante en la suma de \$1'419.611 a partir del 30 de diciembre de 2017, suma correspondiente a la primera mesada pensional, además de las mesadas ordinarias y adicional correspondiente, efectuando los incrementos o aumentos de orden legal que se harán cada año, aclarando que solo se deben reconocer 13 mesadas.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a pagar al actor la suma de \$83'953.426, como retroactivo pensional, producto de las mesadas generadas desde el 30 de diciembre de 2017 hasta el mes febrero de 2022, inclusive, y las mesadas que en lo sucesivo se causen hasta la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados, mesada pensional que para el año 2022 asciende a la suma de \$1'698.453.87 mensuales.

TERCERO: CONDENAR a la UGPP a indexar las mesadas pensionales desde que cada una se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.

CUARTO: CONDENAR a la UGPP a elaborar el cálculo actuarial que corresponda en forma personalizada a la demandante, registrando en dicho cálculo, la actualización de la prestación reseñada en el numeral primero anterior, con sus reajustes de orden legal a la fecha y las diferencias pensionales causadas desde su reconocimiento, efectuando todos los trámites administrativos e interinstitucionales a su cargo, hasta la inclusión en nómina del beneficiario mencionada, con el incremento

aquí ordenado con el fin de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público libere los recursos necesarios.

QUINTO: ABSOLVER a la UGPP de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas (...).

En síntesis, refirió la *a quo* que los derechos pensionales del actor se causaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, de modo que se estaba frente a un derecho adquirido; que por la liquidación del IDEMA no desaparecieron los efectos de la convención colectiva celebrada entre dicha entidad y SINTRAIDEMA; que por lo anterior, hay lugar a reconocer una pensión de jubilación convencional a partir del momento del cumplimiento de la edad, esto es, el 30 de diciembre de 2017, puesto que se acreditó que laboró 12 años, 11 meses, y 4 días, así como que el despido fue unilateral por parte de su empleador; que la liquidación de una entidad no es justa causa de terminación del contrato de trabajo; que el promedio salarial del último año del actor era de \$532.026, que indexado a la fecha de la primera mesada pensional asciende a la suma de \$1'867.909, lo que con una tasa de reemplazo convencional del 76%, arroja una mesada pensional de \$1'419.611; que no hay lugar a intereses moratorios, dado que se está frente a una pensión de origen convencional; y que no encontró probada la excepción de prescripción, ya que se reclamó dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la pensión.

4. Argumentos de los recurrentes.

La **parte actora** adujo, que debe ordenarse la mesada catorce, como quiera que el requisito de edad establecido en la convención es para el disfrute de la pensión y no de causación, de manera que, si las partes hubiesen querido que fuera un requisito para su causación, así lo hubieran expresado; que en

caso de duda se deben aplicar las normas más favorables a favor del trabajador; y que hay lugar a intereses moratorios, pues se aplican a todo tipo de pensiones.

La **U.G.P.P** señaló, que al cumplirse los requisitos para acceder a la pensión antes del 31 de julio de 2010, es improcedente el reconocimiento de dicha prestación, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005; que la liquidación del IDEMA sí obedece a una justa causa legal, puesto que obedece a una causa de fuerza mayor; que no se debe condenar en costas, pues se deben valorar las actuaciones dentro del trámite procesal, estando los de la demandada de conformidad con la ley y jurisprudencia.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y a lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por lo que se verificarán las condenas impuestas a la U.G.P.P.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Pese a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 debe reconocerse la pensión de jubilación convencional pretendida por el actor?, ¿se cumplen los requisitos para acceder a dicha prestación?, ¿la a quo la liquidó debidamente?, y ¿hay lugar a catorce mesadas o a intereses moratorios?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la pensión de jubilación convencional.

En cuanto a las pensiones de jubilación convencional, sea lo primero rememorar, que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ Rad. 30077 del 23 de enero de 2009, reiterada el 14 de agosto de 2013, y 09 de septiembre de 2015, CSJRads. 51573 y 47803, respectivamente, y en la sentencia **CSJSL5103-2020**, ha adoctrinado que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no se puede acordar en pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales o acto jurídico alguno, regímenes pensionales diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el sistema general de pensiones, por lo que, no es lícito que los convenios colectivos de trabajo o actos jurídicos de cualquier clase establezcan sistemas pensionales distintos al implementado por la ley, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

También ha advertido que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, los convenios colectivos, laudos o acuerdos mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado; que no pueden pactarse condiciones pensionales más

favorables a las que se encontraren vigentes; y que en todo caso tales condiciones pierden vigencia el 31 de julio de 2010.

De igual manera, en las sentencias CSJSL 31000-2007 -reiterada en sentencia CSJSL30077-2009, CSJSL39797- 2012, CSJSL1409-2015, CSJSL4963-2016 y CSJSL3780-2018, la Alta Corporación interpretó las anteriores disposiciones estableciendo las siguientes reglas:

“a) El “término inicialmente estipulado” hace alusión a que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”. Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

b) En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c) Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3º transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la

vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo”.

De esta manera, es claro tal y como lo dijera el órgano de Cierre en su especialidad laboral en sentencia CSJRad. 49765 del 09 de agosto de 2017, que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., las reglas pensionales subsistirán hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite para la supervivencia de los beneficios pensionales extralegales.

Así mismo, y en relación con la aplicación del Acto Legislativo en estudio, en sentencia SU-555 de 2014, la H. Corte Constitucional expuso que el enunciado *“no podrán extenderse más allá del 31 de julio de 2010”* se ajusta a las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., pues lo que encomendó el Comité Sindical de dicha organización, es que las pensiones convencionales que tengan reglas de carácter pensional mantengan sus efectos hasta la fecha de su vencimiento, es decir, que se respeten los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, escenario que es lo mismo que garantiza el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se establece una regla para derechos adquiridos y una regla de transición para que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

Igualmente, en la sentencia SU-241 de 2015 la máxima Corporación Constitucional estableció: i) si una pensión es reconocida conforme a derecho no puede congelarse, reducirse ni dejarse de pagar, aunque provenga de un régimen especial. En efecto, a pesar de que la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la vigencia de los regímenes pensionales especiales existentes hasta el 31 de julio de 2010 y prohibió la creación de otros nuevos, ordenó el respeto de los derechos adquiridos, salvo fraude a la ley; ii) la prohibición de diseñar nuevos regímenes pensionales especiales opera hacia el futuro, es decir desde la entrada en

vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 (25 de julio de 2005, día de su publicación); iii) la vigencia de los regímenes pensionales especiales, exceptuados y similares expiró el 31 de julio de 2010; y iv) las reglas pensionales vigentes al momento de expedir el Acto Legislativo, incluidas las contenidas en las convenciones colectivas, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.

En el asunto bajo estudio, y para definir el asunto sea lo primero acudir al contenido del artículo 98 del acuerdo extralegal, el cual a la letra reza:

“PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El Trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa, después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación, desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido”.

Así las cosas, los requisitos para causar la pensión aludida son el despido de un trabajador sin justa causa y que este hubiese laborado más de diez años; dado que la edad constituye un requisito de exigibilidad o de disfrute del derecho y no de causación (sobre el particular, puede ser consultada la sentencia CSJSL15605-2016 reiterada en la CSJSL2597-2018).

De esta manera, y como quiera que el demandante cumple con los parámetros exigidos convencionalmente, pues laboró al servicio del IDEMA mediante contrato de trabajo a término indefinido del 17 de septiembre de 1984 al 20 de agosto de 1997, esto es, 12 años, 11 meses, y 4 días; y su relación laboral terminó de forma unilateral por parte del empleador (fls.6 a 8 del archivo 02) el derecho a la pensión se encuentra causado.

Frente al punto debe precisarse que, si bien la terminación del vínculo laboral de los trabajadores oficiales con ocasión a la clausura o liquidación de la entidad, como consecuencia de una orden del legislador es legal, ello no implica que la desvinculación por ese motivo esté amparada en una justa causa, pues ese hecho no está contemplado dentro de las causales establecidas por el artículo 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, como justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. Sobre el tópico, basta traer a colación la sentencia CSJSL3150-2019, donde se reiteró lo dicho en las providencias CSJSL4538-2018, CSJSL2343-2020 y CSJSL4176-2021.

Por tanto, es clara la configuración del derecho del actor a la pensión de jubilación con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, pues su despido se materializó el 20 de agosto de 1997, reiterándose que la edad es un requisito de exigibilidad y, no de disfrute del derecho, por lo que, la Sala comparte los argumentos del juzgador de primera instancia en el análisis de la pensión de jubilación convencional del actor.

En cuanto a la fecha de reconocimiento y valor de la mesada inicial, se tiene que la edad es un requisito para el disfrute de la prestación de jubilación, por lo que a partir del momento en que el demandante cumplió la edad de 60 años, era viable el disfrute de la misma; por tanto, y dado que alcanzó la edad de 60 años el 30 de diciembre de 2017 (fl. 1 archivo 02), pues nació el mismo día y mes de 1957, hay lugar a su reconocimiento a partir de la primera fecha en mención, tal y como lo dispuso el juez de primera instancia.

En lo referente al valor de la mesada inicial, el parágrafo 2° del artículo 97 convencional establece que *“el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación, será el equivalente al setenta y seis por ciento del promedio del salario percibido por el trabajador, durante el último año de servicio”*. En consonancia con lo anterior, el artículo 124 convencional señala:

“Artículo 124: Para efectos de aplicación de las normas establecidas en la presente Convención, se deja expresado lo siguiente:

Cuando quiera que se utilice la palabra **SALARIO**, sus elementos integrantes son:

- a. Salario básico mensual.
- b. Sobresueldo de antigüedad.
- c. Auxilio de Alimentación.
- d. Auxilio de Transporte.
- e. Doceava parte de viáticos, de 180 días en adelante.
- f. Doceava parte de Primas Semestrales.
- g. Doceava parte de Prima de Vacaciones.
- h. Doceava parte de Horas Extras, Dominicales y Festivos y de todo pago que constituya salario.”

De conformidad con lo la disposición se tiene que, a folio 8 del archivo 02 se encuentra la liquidación final del actor, en la que se observa que, tuvo un último salario mensual de \$294.900; sobresueldo de antigüedad por \$64.878; doceava prima de vacaciones, por \$30.491; doceavas primas semestrales por \$94.990; y auxilio de transporte por \$22.934; lo que equivale a **\$532.026**; mismo valor advertido por el A Quo como último salario.

Así las cosas, se procede a la indexación del valor aludido,

VALOR	IPC inicial 1997 (A)	IPC final 2017 (B)	B/A	B/A * K
\$ 532.026	26,52	93,11	3,51	\$ 1'867.908,78
TASA DE REEMPLAZO			76%	\$ 1.419.611

De esta manera se tiene, que el valor correspondiente a la pensión de jubilación del actor resulta ser la suma de **\$1'419.611**, suma equivalente a la calculada por el a quo por lo que será confirmada. Igualmente, es acertado el valor de la mesada reajustada a 2022, pues para dicha anualidad la pensión tiene un valor de **\$1'698.453,87**, mismo valor advertido por el A Quo, **no siendo así** con el retroactivo aludido, dado que el actor tiene derecho a **catorce mesadas**, pues como se dijo anteriormente la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, de modo que habrá de **MODIFICARSE el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el demandante tiene derecho a catorce mesadas al año, así como el **numeral segundo** en cuanto se estableció que el retroactivo ascendía a la suma de \$83'953.426, para en su lugar ordenar el reconocimiento de la suma de **\$90'146.440,79**. Lo dicho, según las siguientes operaciones de rigor:

VALOR MESADAS PENSIONALES				
Año	Incremento (%)	Pensión UGPP	Mesadas	Valor Total
2.017	4,09%	\$ 1.419.610,67	0,03	\$ 47.320,36
2.018	3,18%	\$ 1.477.672,75	14	\$ 20.687.418,45
2.019	3,80%	\$ 1.524.662,74	14	\$ 21.345.278,36
2.020	1,61%	\$ 1.582.599,92	14	\$ 22.156.398,93
2.021	5,62%	\$ 1.608.079,78	14	\$ 22.513.116,96
2.022		\$ 1.698.453,87	2	\$ 3.396.907,73
TOTAL				\$ 90.146.440,79

Por otra parte, y en cuanto a la **prescripción**, la Sala confirmará la decisión del A Quo, por cuanto en el plenario se tiene que el demandante

podía exigir su pensión de jubilación convencional a partir del 30 de diciembre de 2017, data para la cual alcanzó la edad de 60 años, y se demandó, inclusive, el 03 de agosto de 2020 (archivo 04), esto es, dentro de los tres años de que trata los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S., y 488 y 489 del C.S.T., por lo que, a todas luces no operó el fenómeno en estudio.

En lo que respecta a **intereses moratorios**, basta con recordar que siguiendo los lineamientos de sentencias como la CSJSL36892-2021 *“no proceden en tratándose de pensiones que no se reconocen con sujeción a la normatividad integral (Ley 100 de 1993), pues así se colige de la lectura del artículo 141 ibidem, y si bien ha morigerado el anterior criterio en lo que tiene que ver con las pensiones legales que se otorgan en aplicación del régimen de transición (CSJ SL1681-2020), se ha mantenido inalterable en lo que tiene que ver con las pensiones de origen extra legal”*. Por tanto, se considera acertado que no se hubiese condenado por intereses moratorios, y que por el contrario se hubiera ordenado el pago de las mesadas objeto de condena debidamente **indexadas**, pues ciertamente estas se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

De igual manera, considera la Sala que la condena impuesta a U.G.P.P. consistente en realizar el cálculo actuarial del demandante que corresponda, registre la actualización de la prestación reseñada, sus reajustes de orden legal a la fecha y las diferencias pensionales causadas desde su reconocimiento, efectuando todos los trámites administrativos e interinstitucionales a su cargo, hasta la inclusión en nómina del beneficiario con el fin de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público libere los recursos necesarios; es una obligación propia que le asiste a la U.G.P.P. como entidad a cargo de la pensión de jubilación del actor, en virtud de la condena impuesta, por lo que, sin más miramientos se confirmará.

Así mismo, y en cuanto a la **compartibilidad**, ha de señalarse que, en pronunciamientos como en la sentencia CSJSL4538-2021 referido a la pensión

convencional que aquí se estudia, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la pensión de vejez y la de jubilación aquí deprecada son prestaciones compartibles, por lo que se **MODIFICARÁ la sentencia** en el sentido de **ADICIONAR** que, la aludida pensión de jubilación convencional estará vigente hasta cuando COLPENSIONES conceda pensión de vejez al demandante, momento desde el cual la obligación de la demandada será únicamente la de pagar la diferencia o el mayor valor entre el monto de las dos pensiones, si lo hubiera.

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas** se rememora que el legislador ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio. En consecuencia, era dable imponer condena en costas en primera instancia a cargo de la demandada, pues esta resultó vencida en juicio.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de U.G.P.P.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

Demandante: **LUIS FELIPE CUESTA URRUTIA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.**

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que la pensión de jubilación convencional que se reconoce a favor del demandante se debe reconocer teniendo en cuenta catorce mesadas al año.

SEGUNDO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de retroactivo entre el 30 de diciembre de 2017 y el 28 de febrero de 2022, se debe reconocer la suma de **\$90'146.440,79.**

TERCERO. – MODIFICAR la sentencia en el sentido de ADICIONAR que la pensión de jubilación convencional reconocida es compartible, y por ende, estará vigente hasta cuando COLPENSIONES conceda pensión de vejez al demandante, momento desde el cual la obligación de la demandada será únicamente la de pagar la diferencia o el mayor valor entre el monto de las dos pensiones, si lo hubiera.

CUARTO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO. – Costas en esta instancia a cargo de U.G.P.P.

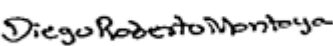
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

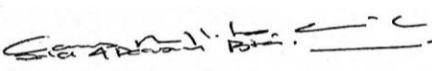
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2020-00232 -01.
Demandante: LUIS FELIPE CUESTA URRUTIA.
Demandado: LA NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de U.G.P.P.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2020-00255 -01.

Demandante: **MARÍA CLAUDIA URIZA PARDO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CLAUDIA URIZA PARDO** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., así como de los traslados posteriores. Como consecuencia de lo anterior, solicita que las cosas se retrotraigan a su estado anterior y se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver aportes

Demandante: **MARÍA CLAUDIA URIZA PARDO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

junto con sus rendimientos y gastos de administración; y que sea recibida en COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 02 de la carpeta 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 02 de la carpeta 09), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 02 de la carpeta 10), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia recurrida.

La A Quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la actora del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, el 28 de julio de 1994, a través de **PORVENIR S.A.**

Demandante: **MARÍA CLAUDIA URIZA PARDO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN 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-, 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. 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.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a 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 COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de \$500.000, a cargo de cada una de ellas.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES adujo, que no se acreditó la ineficacia del traslado, pues la actora de manera libre y voluntaria decidió afiliarse a Horizonte Pensiones y Cesantías, lo que quedó plasmado en el respectivo formulario de afiliación; que de haberse incurrido en un vicio del consentimiento, la actora guardó silencio por más de 20 años, y realizó traslados horizontales en el R.A.I.S.; que

el deber de información ha variado con el transcurrir del tiempo, por lo que, los fondos privados al momento del traslado no efectuaron omisiones en el deber de información; que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni de un derecho adquirido; que además está inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen, de modo que por razones financieras no es dable que se cambie de régimen; que se debe tener en cuenta que la actora no era una afiliada lego, pues es abogada y cuenta con especialización en derecho comercial, por lo que sí conocía las consecuencias de su traslado; que en caso de existir error lo debía acreditar quien lo está alegando, sin que sea dable invertir la carga de la prueba de forma arbitraria; que no basta que se traslade la totalidad de los aportes, bonos pensionales, rendimientos, pues la pensión no se financia únicamente con estos, por lo que se generaría un desequilibrio financiero; y que no tuvo injerencia en el acto de traslado, por lo que no hay lugar a que se le impusieran costas.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, por su parte, dijo que la afiliación de la actora fue válida y eficaz pues el único documento exigible para el traslado, era el formulario de afiliación, el cual se firmó de forma libre y voluntaria; que el deber de información ha tenido diferentes etapas, estando el traslado de la actora en la primera etapa, donde sólo era necesario ejercer de forma libre y voluntaria el traslado; que durante estos 27 años de afiliación, la actora pudo haber cambiado de decisión, pero su intención fue la de permanecer; que es un imposible jurídico acreditar que se cumplió con el deber de información, con documentos ajenos al formulario de afiliación, que se actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico; y que si hubo descuentos por gastos de administración fue porque la ley lo permitía, por demás que por esto se generaron rendimientos, los que fueron debidamente trasladados a **PROTECCIÓN S.A.**

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.**, expuso, que no es dable devolver gastos de administración y seguro previsional, como quiera que ha administrado de manera correcta y oportuna los aportes de la actora, poniendo a favor de esta todo el conocimiento técnico, la experticia, y la experiencia de la AFP en la

inversión del mercado de valores, teniendo unos rendimientos significativos; que la deducción de gastos de administración se ha efectuado por ley, y han sido encausados a terceros de buena fe para cubrir seguros de invalidez y muerte; y que no existe detrimento patrimonial, pero sí lo habría en su contra, pues habría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiará la consulta a favor de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 27 de agosto de 1984 registra aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 17 a 20 del archivo 02 de la carpeta 08; y que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el 28 de julio de 1994 (fl.34 del archivo 02 de la carpeta 09);

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia

de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 34 del archivo 02 de la carpeta 09 se avizora el formulario de afiliación que la

demandante suscribió el 28 de julio de 1994 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Conforme a lo dicho, y atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Uriza Pardo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de julio de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que tuvo que trasladarse al efectuar su cambio de trabajo, que no recibió una asesoría de forma directa, puesto que sólo llegaron con unos paquete de documentos y su formulario no fue diligenciado por ella; luego, de tales manifestaciones, no se derivan consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que la demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado la calidad de

abogada, y manifestar que conocía algunas características del sistema pensional, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información, más aún cuando la actora según su interrogatorio manifiesta que nunca le efectuaron una asesoría de forma directa por parte del fondo privado, por demás que esta señaló que su afiliación fue consecuencia de su cambio de trabajo, en donde nunca le brindaron la posibilidad de afiliarse al I.S.S., puesto que únicamente le presentaron fondos privados.

Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia CSJSL SL1949-2021, donde se manifestó que “ *Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión*”.

De igual manera, y en cuanto al argumento relativo a que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía un derecho adquirido, en sentencia CSJSL 1688-2019, se expuso 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.

Ahora bien, en cuanto a la permanencia de la actora en el fondo por más de 20 años y el nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Colpatria hoy PORVENIR S.A. el 21 de agosto de 1998, y a PROTECCIÓN S.A. el 01 de diciembre de 2003 (fl.35 del archivo 02 de la carpeta 09, y fl.32 del archivo 02 de la carpeta 10); es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1994 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, y frente a la orden de devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo gastos de administración, en sentencia como la CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensional (CSJSL2173-2022), por lo que, al imponerse la condena atendiendo tales directrices se confirmará.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado

estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **ADICIONAR** la sentencia recurrida y apelada, en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos 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.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2020-00255 -01.
Demandante: **MARÍA CLAUDIA URIZA PARDO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

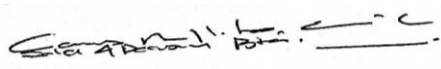
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., respectivamente.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 110013105036202000274-01

Demandante: **JUAN CARLOS PADILLA ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN CARLOS PADILLA ROJAS** promoviese contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se condene a Colpensiones al pago de la pensión de vejez de alto riesgo, a partir del momento en que alcanzó 1029 semanas, intereses e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó: **1)** Ha cotizado y laborado como aviador en Avianca S.A. del 02 de enero de 1997 hasta el 2018; **2)** Actualmente tiene más de 1336 semanas, las que ha cotizado como piloto de aeronaves; **3)** A La compañía Avianca S.A. a la que perteneció

el demandante, admite la existencia de peligros a la salud y vida de los pilotos, en consecuencia pacta beneficios adicionales a los que tendría cualquier trabajador, al incluir diversos beneficios dentro de la convención colectiva vigente; 4) El 30 de mayo de 2019 solicitó la prestación, no obstante, esta se negó por parte de COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 214215 del 09 de agosto de 2019; y 5) El 20 de agosto de 2019 interpuso los recursos de reposición y de apelación, pero se confirmó el acto administrativo inicial a través de la Resolución DPE 14185 del 06 de diciembre de 2019.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 02 de la carpeta 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Expuso que el demandante al momento de elevar su solicitud pensional acreditaba 1298 semanas, así como la edad de 48 años; que las funciones realizadas por el demandante no pueden ser consideradas como de alto riesgo, pues no se encuentran enlistadas en el Decreto 2090 de 2003; y que el actor no contaba con ningún tipo de régimen de transición.

3. Providencia Recurrida.

La A Quo dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal decisión, en síntesis indicó que, de la documental obrante en el plenario no es dable considerar la actividad de piloto como de alto riesgo; que de la documentación allegada al proceso, es dable predicar que el actor era aviador, empero, no se encuentra acreditado que estuviera sometido a niveles que pudieran poner en riesgo su salud; que aunado a lo dicho, no existe prueba alguna de que la exposición a la que estaba expuesta

el actor, le generen algún tipo de reducción en su expectativa de vida, por demás que, no todos los cargos de la aviación están expuestos a altos niveles de sustancias ionizantes; y que el pacto de beneficios convencionales por la estructuración de enfermedades profesionales, no es dable confundirla con estar frente a una actividad de alto riesgo, ya que, en estas se está expuesto a sustancias que pueden generar una mengua de la expectativa de vida.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión.

III. CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Las funciones que desplegó el demandante pueden ser catalogadas como actividades de alto riesgo?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

DE LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

Sea lo primero señalar que la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo es propia del régimen de prima media con prestación definida y a esta tienen derecho aquellos trabajadores cuya salud se ve comprometida al desarrollar aquellas actividades consideradas de alto riesgo que se encuentran expresamente contempladas por el legislador, previo el cumplimiento de los requisitos dispuestos para ello. Al punto el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, disponía:

“Artículo 15. Pensiones de vejez especiales. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas. (...)”

Posteriormente, se promulgó el Decreto 1281 de 1994, por el cual se reglamentaban las actividades de alto riesgo, considerando, en su artículo 8, lo pertinente frente al régimen de transición para acceder a la pensión especial de vejez, así:

“Artículo 8. Régimen de transición para acceder a la pensión especial de vejez. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”

Dicha norma fue derogada por el Decreto 2090 de 2003, bajo la pretensión de unificar el régimen de trabajadores de alto riesgo, incluyendo a los trabajadores del sector público y privado en una normativa conjunta, señalando además de las actividades establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, las siguientes como de alto riesgo:

“5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.

6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública”.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para acceder a la mentada prestación, el Decreto 2090 de 2003, en su artículo 3 dispuso que los afiliados al régimen de prima media, que se dedicasen en forma permanente al ejercicio de las actividades consideradas como de alto riesgo y efectúen cotizaciones especiales durante por lo menos 700 semanas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo 4 ibídem, esto es, haber cumplido 55 años, edad que disminuye en 1 año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas sin que pueda ser inferior a 50 años, y haber cotizado el número mínimo de semanas establecido por el sistema general de seguridad social en pensiones al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dicha norma, además, consagró un régimen de transición, así:

“Artículo 6. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

(...) **Artículo 8. Límite del régimen especial.** El régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo previstas en este decreto, solo cubrirá a los trabajadores vinculados a las mismas hasta el 31 de diciembre del año 2014. (...)”

Descendiendo al caso, y estudiadas de manera minuciosa las pruebas arrimadas al plenario, se encuentra que, el demandante acreditó haber laborado como Piloto A320 de la Gerencia de Operaciones de Avianca S.A. desde el 02 de enero de 1997 (Expediente Administrativo obrante la carpeta 05).

Ahora bien, el numeral 5° del Decreto 2090 de 2003 señala que, tienen derecho a una pensión de alto riesgo aquellas personas que en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, hubieran ejercido la actividad de **los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo**, supuesto en el que no se encuentra el demandante, pues como quedo visto, era Piloto.

En este punto, se hace necesario rememorar que los aviadores civiles, históricamente han tenido un régimen especial originado en las normas de la Ley 32 de 1961 y el Decreto 60 de 1973, los que contemplaban la pensión a cargo de una entidad de seguridad social privada como lo era la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles-ACDAC, denominada CAXDAC. Luego, con la expedición de los Decretos 1282 y 1302 de 1994 se extendieron a los aviadores civiles las reglas generales de la Ley 100 de 1993 y la libre escogencia de régimen, respecto de aquellos aviadores que ingresaran con posterioridad al 01 de abril de 1994, con la posibilidad de que los que estaban con anterioridad a tal fecha, puedan ser beneficiarios de un régimen de transición y acceder a una pensión contemplada bajo el régimen anterior; prestaciones que en todo caso están en cabeza de CAXDAC.

Así mismo, no desconoce la Sala que al interior de la H. Corte Constitucional se ha planteado un especial debate en torno a si es dable considerar que la actividad de los aviadores debe o no ser considerada como una “actividad de alto riesgo”, no obstante, desde la sentencia C-189 de 1996, dicha corporación ha sido clara en manifestar que en ningún momento incurrió

en ningún tipo de omisión legislativa al no ser determinadas las actividades de cualquier piloto como de alto riesgo.

Por las mismas razones, la H. Corte Constitucional mediante sentencia CC C-093 de 2017 declaró exequible el régimen actual de pensiones por actividades de alto riesgo (Decreto 2090 de 2003), considerando que en las labores de aviadores, así como la exposición de estos a radiación ionizante representa un riesgo muy bajo para la salud; de incluirse a los aviadores civiles se excluirían actividades similares o complementarias que están sometidas a los mismos riesgos y contingencias; que no existe un nexo causal entre la aviación y la reducción de la expectativa de vida saludable de los pilotos o la necesidad de un retiro anticipado; que el juicio de constitucionalidad requería un análisis y precisiones técnicas que son ajenas al control de constitucionalidad; y que el ordenamiento jurídico ya contempla un completo sistema prestacional para los aviadores civiles, dotado de institucionalidad y de recursos especiales, que asegura sus derechos cuando por distintas contingencias dejan de laborar.

Así las cosas, no es posible tener que la actividad del demandante se encontraba catalogada como de alto riesgo, más aún cuando por vía de control abstracto de constitucionalidad, la H. Corte Constitucional ya se pronunció, en el sentido de considerar que dichas actividades no se encuentran categorizadas como de alto riesgo, como quedo visto en precedencia.

Aunado a lo anterior, del acervo probatorio allegado no es dable deducir que en el específico y especial caso del demandante, este estuviera sometido a niveles de radiación ionizantes en el desempeño de su laboral o que estuviera sometidos a actividades que disminuyeran progresiva y de forma significativa su expectativa de vida saludable, o que generaran la necesidad de su retiro anticipado de la actividad laboral, para considerar que al actor se le debían extenderle las garantías establecidas en el régimen especial de pensión para trabajadores de actividades de alto riesgo.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 110013105036202000274-01
Demandante: JUAN CARLOS PADILLA ROJAS.
Demandado: COLPENSIONES.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00286 -01.

Demandante: **MIGUEL ANTONIO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MIGUEL ANTONIO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad o la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. restituya a cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales COLPENSIONES; y que este lo reciba como afiliado, contabilizando las semanas que cotizó en el R.A.I.S.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 11), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** (archivo 26), de la misma forma se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia Recurrida.

El A Quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de **COLFONDOS S.A.** y, como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** donde actualmente se encuentra afiliado traslade la suma que obra en la cuenta de ahorros individual del señor demandante a la administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES**, recibiendo esta los recursos, reactive la afiliación del señor demandante y lo acredite cómo semanas efectivamente cotizadas al régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos

como si nunca se hubiera trasladado, dada la consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: No condenar en costas ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

4. Argumentos del Recurrente.

COLPENSIONES dijo que de acuerdo a la prueba obrante en el plenario es dable establecer que a la demandada sí se le brindó una información al momento de su traslado, y que esta conocía las características del R.A.I.S., tanto así que se trasladó horizontalmente dentro del mismo régimen, lo que son actos de relacionamiento que no podía pasarse por alto; que del interrogatorio de parte es dable establecer que los motivos que tiene el actor para buscar su retorno, son aspectos financieros, lo que no constituye una causal para declarar ineficaz el acto de afiliación; y que según criterio de la Corte Suprema de Justicia se deben retrotraer las cosas a su estado original, de modo que, se debe devolver la cotización, recursos de la cuenta de ahorro individual, rubros pagados a pensión de garantía mínima, rendimientos, bonos pensionales, valores pagados a seguros previsionales, y gastos de administración.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección

al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 21 de junio de 1978 presenta aportes en tal régimen (archivo 13); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 24 de julio de 1995 (fl.17 del archivo 26);

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del

deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 17 del archivo 26, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 24 de julio de 1995 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bermúdez Fernández se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (24 de julio de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con

ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que sólo indicó que el asesor de COLFONDOS S.A. le dijo que la pensión sería incluso el doble que en el I.S.S., que se podía pensionar a una edad anterior en contraste con el I.S.S., que podía retirar capital para invertirlo en lo que quisiera; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, en cuanto a los nuevos traslados del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 19 de septiembre de 2000, PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 2001, y Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 20 de noviembre de 2002 (fls.69 a 71 del archivo 09), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A., de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, y frente a la orden de devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo gastos de administración, en sentencia como la CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que las

cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ** el numeral **primero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los rubros que componen su cuenta de ahorro individual, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR** el numeral **primero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que COLFONDOS S.A., deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral el numeral primero de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los rubros que componen su cuenta de ahorro individual, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**. Igualmente, en el sentido de

ADICIONAR que **COLFONDOS S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.** **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos 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.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

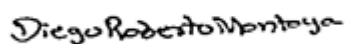
TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

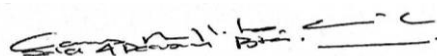
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00327 -01

Demandante: **HENRY PRADA LLANOS.**

Demandado: **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTD Y
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **HENRY PRADA LLANOS** promovió contra **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTDA. y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita se declare que **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTDA.** le terminó el contrato de trabajo de manera injustificada, mientras se encontraba en estado de discapacidad, y sin permiso del Ministerio de Trabajo el 21 de febrero de 2020; y que las demandadas son solidariamente responsables. Como consecuencia de lo anterior, pretende el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones legales y convencionales, prima de alimentación y de

Demandante: **HENRY PRADA LLANOS.**

Demandado: **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTD Y
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

alojamiento, prima de servicios legales y convencionales, y aportes al sistema de seguridad social, dejados de percibir desde su despido hasta su reintegro; indemnización de 180 días estipulados en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que:

- 1) El 03 de mayo de 2019, salió apto para trabajar al servicio de SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTDA. para desempeñar el oficio de Cuñero de Workover y Perforación en pozos petroleros, por lo que, el 22 de mayo de 2019 celebró contrato de trabajo de obra o labor;
- 2) Prestaba su labor de manera personal, atendiendo las instrucciones de su empleador, y cumpliendo horario laboral;
- 3) Se pactó como salario la suma de \$118.667 diarios, pagaderos quincenalmente;
- 4) El 03 de julio de 2019, estando en las instalaciones de las demandadas, sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba en la operación de desarme del BOP, y estando en la Preventora para correr el flow line con el winche, resbaló; mismo día en que se puso en conocimiento de la A.R.L. Colmena Seguros el siniestro;
- 5) El 20 de septiembre de 2019 es calificado por A.R.L. Colmena Seguros, quien señala que presentaba los siguientes diagnósticos: contractura muscular con origen el accidente de trabajo, y otros trastornos de los discos intervertebrales no secuelas del accidente de trabajo;
- 6) El 27 de enero de 2020 es calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, estableciéndose un 0% de P.C.L.;
- 7) El 21 de febrero de 2020, SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTDA. informó que su contrato de trabajo había terminado el 31 de enero de 2020;
- 8) El 25 de febrero de 2020 se practicó examen de egreso, en donde se evidencia el accidente de trabajo que había sufrido;
- 9) Interpuso acción de tutela que fue concedida, ordenándose el reintegro, por el Juzgado 8 Municipal de Bogotá D.C.; decisión que también sería confirmada por parte de Juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá D.C.;
- 10) El 26 de junio de 2020 se da cumplimiento a la acción de tutela;
- 11) El 06 de agosto de 2020 es remitido por medicina general a ortopedia, traumatología, y neurología;
- 12) El 13 de agosto de 2020 es calificado por la Junta Nacional de Calificación de

Demandante: **HENRY PRADA LLANOS.**

Demandado: **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTD Y
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

Invalidez, quien confirma el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Boyacá; **13)** El 27 de agosto de 2020, se ordena nueva resonancia magnética; y **14)** Dejo de percibir los rubros que pretende desde el 21 de febrero de 2020 hasta su reintegro, 26 de junio de 2020.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., (archivo 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó que nunca sostuvo una relación laboral con el demandante; que si bien el 03 de julio de 2019, estando en sus instalaciones, el actor sufrió un accidente de trabajo, se brindaron los primeros auxilios, estableciéndose en el reporte del siniestro, que la ocurrencia de este se debía a causas imputables a **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTDA.**; que el actor no presenta un P.C.L. igual o superior al 15% para que sea sujeto de especial protección por su condición de salud; que por la terminación del contrato de trabajo, el trabajador no quedaría desamparado, ya que, la A.R.L. estará en obligación de efectuar el pago de prestaciones asistenciales hasta que se rinda concepto favorable de recuperación; que para que sea declarado solidariamente responsable, es necesario que se acredite que laboró en su beneficio directo y en desarrollo de su objeto social; y que el contrato de obra con **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTDA.** finiquitó el 31 de enero de 2020.

Por su parte, **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTDA.** (archivo 19) también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando

Demandante: **HENRY PRADA LLANOS.**

Demandado: **SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT CO LTD Y
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor, el extremo inicial de la relación laboral, cargo desempeñado, salario, y que el 03 de julio de 2019 reportó el accidente de trabajo del actor.

Manifestó que en favor del actor nunca ha surgido protección por estabilidad laboral reforzada, como quiera que el demandante no contaba con un P.C.L. igual o superior al 15%; que en los exámenes clínicos efectuados al demandante se logra avizorar que contaba con notoria mejoría, así como que sus incapacidades y restricciones fueron mínimas; y que si bien no comparte las decisiones del fallo de tutela, procedió a reintegrar al actor, pagando los correspondientes salarios y prestaciones sociales.

2.2. Llamamiento en garantía.

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. llamó en garantía a **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Señaló que los servicios contratados por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. con SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT LTD no hacen parte del objeto social de la primera, por lo que no es viable deprecar solidaridad; que el objeto de la póliza de cumplimiento NB-100093827 es el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, siempre y cuando exista la solidaridad patronal; y que no se evidencia que SHANDONG KERUI PETROLEUM EQUIPMENT LTD hubiera incurrido en mora en el pago de sus obligaciones.

2.3. Desistimiento de Pretensiones.

Demandante: **HENRY PRADA LLANOS.**

Demandado: **SHANDONG KERIU PETROLEUM EQUIPMENT CO LTD Y
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

En audiencia del 23 de marzo de 2022, la parte actora desistió de sus pretensiones con excepción de la solicitud de establecer si goza o no de fuero por su condición de salud, y en consecuencia, se fijó el litigio en determinar si había lugar al pago de la indemnización de 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como de la posibilidad de determinar la solidaridad entre las demandadas (archivo 42)

3. Providencia Recurrida.

El *a quo* dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia los beneficiarios de la estabilidad laboral reforzadas, son aquellos que tienen un 15% de P.C.L.; que para acreditar lo anterior existe libertad probatoria; y que del acervo probatorio recolectado, es claro que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 03 de julio de 2019, que presenta una patología como consecuencia de tal siniestro y otro, de origen común, sin que se alcance un P.C.L. suficiente para deprecar que el demandante deba ser protegido por su condición de salud, pues de los diversos dictámenes proferidos por las juntas de calificación de invalidez se logra establecer un P.C.L. del 0%.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** adujo que, las altas cortes han fijado un criterio consistente en que, ante una enfermedad de origen común, no se debía despedir, pues se padece una discopatía degenerativa producto de su trabajo; y que la Junta de Calificación no ha calificado el P.C.L., sólo se determinó el origen.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de estas, para refirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿El demandante goza de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud?, Y ¿hay lugar al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la estabilidad laboral reforzada en estado de debilidad manifiesta por razones de salud.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): i) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; ii) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, iii) que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (SL10538-2016).

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*.

De otro lado la misma Corporación en sentencias del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845 y SL11411-2017, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como *“hecho notorio”*, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso.

La anterior postura, recientemente la misma Corporación en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021, reafirmando el criterio referido.

Finalmente, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”*, para señalar que *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia SL711-2021.

Descendiendo al caso, y del análisis de las pruebas recaudadas, considera la Sala, en primer lugar, que no obra una prueba contundente de la que se pueda establecer que el demandante contaba con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% al momento en que terminó su relación laboral – 21 de febrero de 2020-.

En efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que el accionante tuviera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% para el 20 de febrero de 2020, ya que, i) Si bien en la historia clínica se narra que el actor presentaba al momento de la terminación de su contrato de trabajo, patologías, tales como, contractura muscular consecuencia del accidente de trabajo, y otros trastornos de discos intervertebrales de origen no laboral (fls. 70 a 78 del archivo 01), en ninguno de los estudios efectuados al actor para la calenda referida, se logra determinar que la patología que padece sea de tal gravedad que alcance un 15% de

pérdida de capacidad laboral; y ii) En los dictámenes proferidos por la A.R.L. Colmena, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca no se establece un porcentaje de pérdida de capacidad laboral (fls. 70 a 78 y 112 a 120 del archivo 01).

En síntesis, no desconoce la Sala que, si bien la historia clínica del actor y los dictámenes de pérdida de capacidad laboral brindan elementos que permiten conocer las patologías, tratamientos y terapias a las que se sometió el actor al menos desde el año 2019, también lo es, que de dichos elementos de prueba no es posible inferir, directamente, una pérdida de capacidad laboral ni su fecha de estructuración.

Aunado a ello, en el expediente no obra un instrumento médico, técnico y científico que permita constatar la forma en que evolucionaron sus dolencias, y que, en consideración a ello, sea dable deprecar un P.C.L. de por lo menos el 15%.

Además, los dictámenes de las Juntas de Calificación, no fueron controvertidos en el asunto puesto bajo conocimiento de la jurisdicción, advirtiendo además que de ninguna prueba se desprende la notoriedad de un estado de salud delicado del actor para el momento de la terminación del vínculo, por demás que, el testigo Andrés Montoya González, se trata de un testigo de oídas del que no se puede extractar una eventual gravedad del estado de salud del demandante para la fecha de terminación de su contrato de trabajo, puesto que fue claro en manifestar que el demandante es quien le ha comentado que se encuentra en un proceso para que le indemnicen económicamente por el accidente que tuvo en la empresa.

Al respecto, recuérdese que conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las providencias SL5181-2019, SL2237-2021, y SL418-2021, se debe demostrar que la discapacidad

Demandante: **HENRY PRADA LLANOS.**

Demandado: **SHANDONG KERIU PETROLEUM EQUIPMENT CO LTD Y
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

ostenta un grado significativo, que se puede acudir a los distintos medios de prueba habilitados por el legislador, y si bien no es imperativo contar con una calificación formal al momento de la terminación del contrato de trabajo para que haya lugar a la protección, debe figurar alguna otra prueba en el proceso que dé cuenta que el trabajador padecía de una limitación en grado severo o profundo para el momento del despido.

En ese orden de ideas, reitera la Sala la imposibilidad de afirmar, de manera certera, que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que presentaba el accionante fuera igual o superior al 15% al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues se carece de elementos de juicio que permitan concluir tal situación, de modo que en tales condiciones, no puede hablarse de discriminación en el despido basada en una disminución en la condición que configure la protección especial prevista en la Ley 361 de 1997.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

IV.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de mayo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00327 -01
Demandante: HENRY PRADA LLANOS.
Demandado: SHANDONG KERIU PETROLEUM EQUIPMENT CO LTD Y
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

SEGUNDO – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

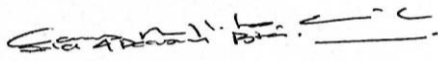
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$550.000 a cargo de la parte demandante.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00341 -01

Demandante: **SONIA ESPERANZA SEGURA ACOSTA.**

Demandado: **UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SONIA ESPERANZA SEGURA ACOSTA** promovió contra **UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó la declaratoria de un contrato a término indefinido del 16 de enero de 2016 al 14 de octubre de 2017; y que fue despedida sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, pretende el pago de indemnización por despido sin justa causa, indemnización de perjuicios del artículo 64 del C.S.T. en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que:

- 1) El 16 de enero de 2016 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para desempeñar el cargo de Gerente de Producción Transmedia en la Sede Cajicá, en la Unidad de Educación Virtual; 2) Al momento de la terminación de su contrato de trabajo devengaba un salario integral por valor de \$9'769.600; 3) Laboraba de lunes a sábado de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.; 4) El 06 de octubre del 2017, envió un correo a la Directora de Gestión Humana Alexandra Cala, donde le informaba que tenía una cita médica el lunes 09 de octubre de 2017, programada a las 12:00 M., a través del dominio electrónico, sonia@clickactiva.com.co; 5) El 11 de octubre de 2017 fue requerida por la Directora de Recursos Humanos, una vez estando allí, la Universidad le informó verbalmente que le estaban abriendo un proceso disciplinario bajo el argumento de que la demandante estaba violando el contrato laboral porque ellos tenían pruebas de que a través de Clickactiva estaba prestando servicios profesionales por cuenta propia; se ordenó sellar su oficina en la sede Cajicá; se le prohibió el acceso a la universidad; y posteriormente le hicieron llegar dos cajas de cartón a su casa con sus objetos personales; 6) El 12 de octubre de 2017 compareció a rendir descargos a la universidad, siendo finalizado su contrato de trabajo; y 7) La terminación del contrato de trabajo le generó diversos perjuicios, pues tenía créditos con Bancolombia, Banco de Occidente, RCI Renault, RCI Colombia Compañía de Financiamiento, y tuvo que acudir a otros préstamos con familiares y entidades financieras.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

La **demandada** (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, teniendo como extremos temporales del 16 de enero de 2016 y el 14 de

octubre de 2017; que la actora desempeñaba el cargo de Gerente de Producción Transmedia; que el último salario de la actora era \$9'769.600; que el 06 de octubre del 2017, la actora envió un correo a la Directora de Gestión Humana Alexandra Cala, donde le informaba que tenía una cita médica el lunes 09 de octubre de 2017 programada a las 12:00 M., lo que hizo a través del dominio electrónico, sonia@clickactiva.com.co; que el 11 de octubre de 2017 fue requerida por la Directora de Recursos Humanos; y que el 12 de octubre de 2017, la actora rindió descargos, siendo finalizado su contrato de trabajo.

Indicó que el proceso disciplinario se acogió a lo dispuesto en la normatividad legal vigente; que la actora fue despedida por cuanto incumplió la prohibición de no prestar sus servicios a un terceros o desarrollar actividades iguales por cuenta propia, establecida en el contrato de trabajo; que la demandante desarrollaba actividades en su empresa en forma conjunta mientras trabajaba para la Universidad Central, así como se reconoció en los descargos que es la propietaria y representante legal de la sociedad Clickactiva S.A.S., informando que desarrollo actos destinados a renovar su matrícula periódicamente y además actividades financieras frente a la misma; que Clickactiva S.A.S. tuvo renovación de matrícula durante los años 2013 a 2017, siendo este último año el que representó un aumento del capital autorizado, suscrito y pagado del 900%, lo que permite inferir una continuidad de su objeto social; que para 2017 la página web de Clickactiva S.A.S., se encontraba activa y en ella se indica que es con una compañía con 10 años de experiencia y que ofrece entre otros servicios los denominados E-Learning, encaminados a la construcción de cursos de formación y comunicación transmedia o virtuales, a partir de la utilización de las fases de análisis, diseño, desarrollo, implementación y evaluación; y que la demandante seguía haciendo uso del correo institucional de Clickactiva S.A.S. identificándose como Asesora Consultora E-learning de la compañía.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre 19 de enero de 2016 al 14 de octubre de 2017, que terminó sin justa causa por parte del empleador.

SEGUNDO: CONDENAR la demandada a reconocerle y pagarle a la actora la suma debidamente indexada de \$10.135.960, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la actora.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

En síntesis, refirió que no existe controversia entre la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, los extremos temporales, y que la actora devengó como último salario \$9'769.600; que del contrato de trabajo es dable colegir que la demandante no podía prestar sus servicios a otras personas naturales o jurídicas; que la terminación del contrato de trabajo se fundamentó en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la accionante, como quiera que esta presuntamente desarrolló funciones con la empresa Clickativa S.A.S.; que si bien la actora era propietaria de Clicktiva S.A.S., y tuvo un aumento de capital durante el tiempo que la actora prestó sus servicios a la demandada, de ello no se puede establecer certeramente que estuviere prestando servicios simultáneamente en ambas entidades, máxime que ni siquiera se indagó de donde surgió el aumento de capital, y se trata de una empresa anónima; que la mera renovación de la matrícula mercantil no da lugar a establecer que estaba ejerciendo actividades de forma independiente; que por lo anterior, la universidad fundamentó el despido en suposiciones o conjeturas, sin tener certeza de que la actora estaba prestando servicios a otra empresa, pues los testigos fueron contestes en afirmar

que no les parecía posible que pudiera realizar otra labor por la carga que tenía en la universidad; que por lo dicho, hay lugar a reconocer la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada; y que no es dable reconocer indemnización de perjuicios, ya que, no obra prueba alguna de los perjuicios causados para que haya lugar a su reconocimiento.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** adujo que, dentro de la demanda existe todo el caudal probatorio de los créditos, y las deudas que la demandante tuvo que asumir, pues existen las constancias de las refinanciaciones que se tuvieron que solicitar con RCI, seguro de desempleo, Banco de Occidente, y los extractos donde se logra verificar que no tenía ingresos adicionales a lo que devengaba de la universidad.

Por su parte, la **demandada** señaló que, sí hay prueba de la configuración de la causal de despido, pues dentro del interrogatorio de parte la actora señaló que no había renovado la página de Clickactiva S.A.S. antes de terminar el contrato con la universidad, empero, en dicho interrogatorio se puso de presente un documento que era de 2017 y del que se desprende que se estaban prestando servicios a través de dicha empresa; que Clickactiva S.A.S. es una empresa que se encuentra vigente, se le renovaba la matrícula, realizaba operaciones financieras, prestaba y ofertaba servicios, y tuvo un incremento de capital: que pese a lo anterior, la actora manifiesta que no tenía recursos para pagar sus deudas; y que con posterioridad se presentó un actuar de mala fe, pues la actora buscó crear una nueva empresa que absorbiera la anterior, y a partir de ese momento decir que sólo tenía experiencia desde que terminó el contrato de trabajo, dejando de lado su experiencia anterior.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de estas, para refirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Se configuró un incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante, y por ende, una causal de despido, al presuntamente trabajar con otra empresa ajena a la demandada?, y ¿hay lugar al reconocimiento y pago de perjuicios?,

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del despido sin justa causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga

probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Por otra parte, y en lo que respecta a la **cláusula de exclusividad** la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 23 de noviembre de 2010, rad. 39078, y SL1287-2021 ha enseñado que si bien de conformidad con el artículo 26 del C.S.T., la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, ello aplica siempre cuanto no se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 *ejusdem*, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad, y si los llegare a prestar, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, que si se encuentra catalogado como grave, faculta al patrono para dar por terminado, unilateralmente y con justa causa, el contrato de trabajo.

En desarrollo del criterio aludido, la H. Corte también ha explicado que para que pueda constituirse la justa causa de despido basada en la violación de la cláusula de exclusividad deben concurrir al menos dos circunstancias de hecho: (i) que las partes hubieren pactado la susodicha cláusula y, (ii) que pese al pacto, el trabajador hubiere prestado servicios de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad a otro empleador (SL1715-2016).

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado el hecho del despido, pues este se acreditó con la carta de terminación obrante a folios 107 a 115 del archivo 01, en la que se señaló, en síntesis, que la actora al ser propietaria del

establecimiento de comercio Clickactiva, efectuar actos de renovación mercantil, y demostrarse que dicho establecimiento prestaba servicios similares a los que la actora realizaba en la universidad, había incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, especialmente el literal b) de la cláusula primera del contrato de trabajo, que a su tenor dispone:

“PRIMERA: La Universidad contrata los servicios profesionales del Trabajador y este se obliga a: (...) **b)** A no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni o trabajar por cuenta propia el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato.

De esta manera, es claro que lo que alega la universidad demandada es la transgresión a lo dispuesto en el artículo 26 del C.S.T., esto es, que si bien un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, no puede hacerlo cuando haya pactado exclusividad de servicios en favor de uno solo.

Así las cosas, se itera, en consideración de lo expuesto en sentencia CSJ SL1715-2016, deben concurrir al menos dos circunstancias para considerar que se incurrió en una justa causa de despido: (i) que las partes hubieren pactado la susodicha cláusula y, (ii) que pese al pacto, el trabajador hubiere prestado servicios de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad a otro empleador.

Frente al primer aspecto, no existe duda de su acreditación, pues como quedo visto entre las partes al momento de celebrarse el contrato de trabajo, simultáneamente se plasmó una cláusula de exclusividad. En cuanto al segundo, nótese que para que se configure la causal, no basta con que el trabajador hubiera desarrollado algún tipo de actividad financiera o comercial con otro empleador, es necesario que hubiese prestado servicios de la misma especie de los que ejecuta con el empleador.

Así las cosas, y descendiendo al caso, en el plenario no se observa prueba alguna que dé cuenta que la demandante durante el tiempo que prestó sus servicios a la Universidad Manuela Beltrán simultáneamente estaba ejerciendo labores de la misma especie con otro empleador, y en específico con Clickactiva o Clickactiva S.A.S.

Lo dicho, se sustenta en que en los descargos presentados por la accionante esta se limitó a señalar que, dedicaba su tiempo exclusivamente a las actividades de la universidad; que no le queda tiempo para nada más; que es respetuosa de sus obligaciones; que tiene un establecimiento de comercio de nombre Clickactiva desde el 31 de julio de 2012; que desde la cuenta electrónica de tal empresa remitió un correo electrónico; que desde el año 2014 el aludido establecimiento no se encuentra abierto al público, pues tuvo que cerrarlo para laborar en la Universidad Central; que está en la obligación de renovar anualmente el registro mercantil de la universidad; y que los servicios que aparecen en Clickactiva obedecen al ejercicio profesional que realizaba desde el año 2000 en e-learning, así como está registrada su experiencia profesional; de modo que de dicha diligencia no es posible extraer que la actora se encontraba prestando servicios para algún otro empleador.

Así mismo, en dicha diligencia se recepcionaron las declaraciones de Alexandra Bibiana Cala Moreno, Janeth y Jaime Enrique Segura Acosta, quienes fueron contestes en manifestar que, no tenía conocimiento que la actora estuviera prestando algún servicio a una empresa ajena a la universidad, especialmente de Clickactiva o Clickativa S.A.S., por demás que los dos últimos testigos señalaron que dicha empresa estaba inactiva desde el 2014 (fls. 87 a 106).

De igual manera, la Sala habrá de advertir que el correo electrónico remitido por la demandantes desde el dominio sonia@clickactiva.com.co, certificado de existencia y representación del establecimiento de comercio Clickactiva y de Clickactiva S.A.S., recibo de pago de la renovación de la matrícula mercantil, estatutos privados de Clickactiva S.A.S., boletines de

registros en Cámara de Comercio, no es dable deprecar prestación de servicios en los términos indicados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues si bien podría existir un aumento de capital o movimientos financieros, esto no es suficiente para determinar el incumplimiento por parte de la accionante, ya que, no se verifica que la actora hubiera desplegado una actividad profesional a nombre propio o de Clickactiva de forma similar a la que desarrollaba en la Universidad Manuela Beltrán (fls. 124 a 130 del archivo 01, 57,58, y 63 a 5586 del archivo 05, 26 a 1718 del archivo 06).

Mención especial merece el brochure de Clickactiva aportado a folios 5594 a 5613, pues si bien en este se hace alusión a que nacieron en 2017, y de su mera lectura, no se logra colegir algún tipo de prestación de servicios de la actora, no se tiene certeza si ello, ocurrió con anterioridad o con posterioridad al despido de la actora, recuérdese que el contrato de esta se extendió hasta el 14 de octubre de 2017. Por lo mismo, no podría inferirse del interrogatorio de parte ningún tipo de confesión, puesto que si bien en dicho brochure, así como en la página web de Clickactiva aparece el correo electrónico de la accionante y sus datos de contacto, con esta información, no se tiene certeza que se estaba ejecutando algún servicio de manera simultánea mientras estaba vinculada la actora con la universidad.

Así mismo, de los testimonios de **Janeth Sofía Segura Acosta, Carlos Fernando Rojas Rojas, Diana Marcela Gil, Fanny Del Rocío Bernal Garay, Ximena Constanza Ardila Sánchez, y Daniel Enrique Bautista Rojas**, no es dable inferir que la demandante hubiera desconocido las obligaciones que adquirió como consecuencia del contrato de trabajo que suscribió con la universidad demandada, pues todos los testigos son contestes en manifestar que no les consta que la actora estaba prestando servicios con Clickactiva o Clickactiva S.A.S., mientras estuvo vigente la relación laboral aludida.

En consecuencia, la Sala considera acertada la decisión del A Quo, al reconocer la indemnización por despido sin justa causa, por lo que, se CONFIRMARÁ.

Perjuicios.

Al respecto, se hace necesario rememorar que, conviene señalar que la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. comprende, el lucro cesante y el daño emergente, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL14618-2014 y SL3203-2016, por lo que, en consideración a tal situación, y dado que dicha pretensión versó a que se *“condene a la demandada a pagar a la demandante la indemnización de perjuicios que comprenda el lucro cesante y el daño emergente, dando cumplimiento al artículo 64 C.S.T.”*, es dable entender que está ya se encuentra incluida en la indemnización reconocida y confirmada por esta corporación.

Finalmente, se aclara que en ningún momento se pretendió perjuicios morales, y que esta Corporación está vedada por ello, para proceder a su estudio; recuérdese que si bien el legislador contempló la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades ultra y extra petita, dicha facultad únicamente la delegó en el juzgador de única de y de primera instancia (SL4487-2021).

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 proferida del Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

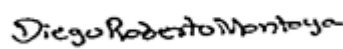
SEGUNDO: – Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

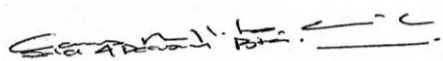
Los Magistrados



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00341 -01

Demandante: **SONIA ESPERANZA SEGURA ACOSTA.**

Demandado: **UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de la parte demandada.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00430 -01.

Demandante: **ALBA MIRYAM JIMÉNEZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ALBA MIRYAM JIMÉNEZ GONZÁLEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad; y que las demandadas anulen los registros de afiliación. Como consecuencia de lo anterior, solicita que **PORVENIR S.A.** transfiera a **COLPENSIONES** el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos y valor cotizado para el fondo de garantía de pensión mínima; y que **COLPENSIONES**

reactive su afiliación, que registre las cotizaciones que efectuó en PORVENIR S.A. dentro de su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Actuación procesal.

COLPENSIONES (carpeta 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (carpeta 13) de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia Recurrida.

El juzgado de conocimiento a través de providencia del 03 de junio de 2022 dictó **sentencia absolutoria**.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** dijo que el juez se aleja del precedente que ha establecido la Corte Suprema de Justicia, pues era necesario que la demandante estuviera suficientemente informada para la toma de la decisión de su traslado, de manera que tuviera claro las consecuencias de su decisión, lo que no se acreditó por parte del fondo privado; que de existir algún tipo de quebrantó al principio de sostenibilidad financiera se puede repetir por parte de **COLPENSIONES** contra el fondo privado; que si bien en interrogatorio de parte la actora manifestó algunas características, no se le hablaron de diversos tópicos, como

la devolución de saldos, requisitos que debían tener beneficiarios, cómo se debían hacer aportes voluntarios, y que podía perder en rendimientos; que no se puede comparar las decisiones frente al colegio de hijos, u otras, con la elección de regímenes, pues para dicha época era mucho más joven e inexperta; que lo que motivó la decisión de la actora de trasladarse fue que se le informara que el I.S.S. se acabaría; que la carta de la prueba estaba a cargo de la actora; y que la actora tenía como brindarle a la actora información completa, incluyendo las desventajas de su traslado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a Colfondos S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 06 de febrero de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 3 a 7 del archivo 08; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 16 de febrero de 1996 (fl.14 del archivo 13);

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia

de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 14 del archivo 13 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el

16 de febrero de 1996 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Jiménez González se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (16 de febrero de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indica que el asesor le indicó que el I.S.S. se iba a acabar, así como algunas características del R.A.I.S., tales como que con los aportes del I.S.S. se emitiría un bono pensional, que tendría una cuenta de ahorro individual. que sus aportes generaban rendimientos, que podía hacer aportes voluntarios y, que su pensión podía heredarse; luego, de tales manifestaciones, la Sala no observa que se hubiera informado de desventajas del traslado, así como tampoco se deriva consecuencias adversas para la actora, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

De igual manera, y en si bien la actora, no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía un derecho adquirido, en sentencia CSJSL 1688-2019, se expuso 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.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable su reconocimiento (CSJSL2173-2022).

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

- A. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de ALBA MIRYAM JIMÉNEZ GONZÁLEZ del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PORVENIR S.A., el día 16 de febrero de 1996 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.
- B. CONDENAR a PORVENIR S.A.,** que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por ALBA MIRYAM JIMÉNEZ GONZÁLEZ y sus empleadores, tales como, **aportes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, comisiones, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas pagadas por concepto de bonos pensionales, así como cualquier otra causa en el caso de que se hubiere recibido la A.F.P.** durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, debidamente **indexada. DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos 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.**
- C. CONDENAR a COLPENSIONES** a recibir los valores enunciados en literal b) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de ALBA MIRYAM JIMÉNEZ GONZÁLEZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.
- D. DECLÁRENSE NO PROBADAS** las excepciones planteadas por las accionadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00430 -01.
Demandante: **ALBA MIRYAM JIMÉNEZ GONZÁLEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

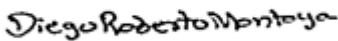
SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A.

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

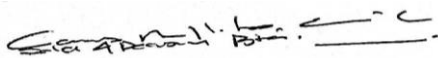
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de cada una de las demandadas, PORVENIR S.A.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00034 -01.

Demandante: **MARTHA PATRICIA ÁVILA FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA PATRICIA ÁVILA FORERO** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la anulación, ineficacia o dejar sin efectos los traslados que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS (archivo 13), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

COLPENSIONES (archivo 17), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivo 23), asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación, y la genérica.

2.2 Llamamiento en Garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

3. Providencia Recurrida.

El A Quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuada por la demandante MARTHA PATRICIA ÁVILA FORERO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCION S.A, y los traslados horizontales efectuados a PORVENIR S.A y SKANDIA S.A. y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a SKANDIA S.A. traslade los recurso o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante junto con sus rendimientos y bono pensional, a COLPENSIONES, a esta a que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si la demandante nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual consecuencia natural de la ineficacia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A. de todas las pretensiones invocadas en la acción y frente a esta declarar las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO**, propuestas por esta parte demandada.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES dijo que del acervo probatorio es dable concluir que sí se le brindó información al demandante, y que esta tenía conocimiento del régimen, tan es así que efectuó múltiples traslados, lo que constituyen actos de relacionamiento; que la actora nunca ha manifestado que sea su deseo permanecer en el régimen de prima media; y que se debe trasladar la totalidad del capital ahorrado, incluyendo, gastos de administración, abonos a garantía

pensión mínima y seguros previsionales, pues el efecto de la ineficacia es que el traslado nunca ocurrió.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 09 de septiembre de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en el archivo 19; y Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 10 de febrero de 1999 (fl.12 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta

la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 12 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de febrero de 1999 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto

que “(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Ávila Forero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de febrero de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le señaló que se podía pensionar antes en contratos con el I.S.S., que tendrían los mismos beneficios que en el I.S.S., que se generaría un bono por los tiempos aportados al I.S.S., y que podía hacer aportes voluntarios; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 01 de abril de 2001, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el 31 de julio de 2008, PORVENIR S.A. el 01 de diciembre de 2009, y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a partir del 01 de abril de 2016 (fls.13 a 16 del archivo 01 y fl.106 del archivo

23), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A., de haberle brindado en el año 1996 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En

consecuencia, se **MODIFICARÁ** el numeral **primero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR** el numeral **primero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral **primero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**. Igualmente, el aludido numeral, se **ADICIONA** en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos 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.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00034 -01.
Demandante: MARTHA PATRICIA ÁVILA FORERO.
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

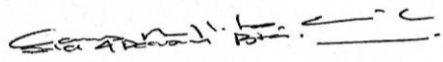
previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00056 -01
Demandante: **GUILLERMO LEÓN VALENCIA VELÁSQUEZ.**
Demandado: **AGENCIA DE ADUANAS SERVADI S.A.S.- NIVEL I.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el 01 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **GUILLERMO LEÓN VALENCIA VELÁSQUEZ** promovió contra **AGENCIA DE ADUANAS SERVADI S.A.S.- NIVEL I.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicitó la declaratoria de un contrato a término indefinido del 15 de diciembre de 2000 al 09 de septiembre de 2020; que su promedio salarial era de \$6'500.000; y que fue despedido sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, pretende el pago de cesantías, intereses a las cesantías con su moratoria, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, y aportes a pensión.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que:

1) Se vinculó al servicio de la demandada el 15 de diciembre de 2000 para desempeñar el cargo de Agente de Aduana y Director de la Zona Centro y/o Director de la Sucursal Bogotá, asistiendo a los clientes de esta empresa en el trámite de las operaciones de comercio exterior; 2) Estuvo bajo la continuada subordinación de la demandada; 3) El 09 de septiembre 2020, se le exigió a la demandada, inscribirlo como su agente de aduana frente a diversas autoridades, tales como, la D.I.A.N., OPAIN S.A.S., y Zona Franca de Bogotá; 4) Debía reportar quincenalmente las tareas que realizaba, y era objeto de llamados de atención; 5) Le han emitido diversas certificaciones en donde consta que se encuentra vinculado desde el 15 de diciembre de 2000, siendo incluso homenajeado el 2019, por haber alcanzado 19 años de labor al servicio de la demandada; 6) Pactaron como salario; a) 50% del valor de las comisiones de cada D.O. (sic), para el caso de los clientes Ricardo Sarmiento, Digigraph, Rápida Industrial, Carmelo Minervine y English Language Services, sin lugar a cobro de rubros adicionales; b) 50% del valor de las comisiones de cada D.O, para los demás clientes cuyas declaraciones son elaboradas desde la principal en la ciudad de Cali (Valle); c) El valor por los trámites de pre inspección, conforme a las tarifas establecidas de acuerdo a la mercancía; d) \$10.000 por concepto de liberación de guía de los D.O's tramitados por Bogotá; e) \$15.000 por concepto de liberación de guía de los clientes Ricardo Sarmiento, Digigraph, Rápida Industrial, Carmelo Minervine; así como los trámites varios de Tecnoquímicas; f) \$20.000 por concepto de la liberación de guías del Agente de Carga Trimsa Cali Ltda; 7) Mediante Decreto 2883 de 2008 se ordenó a las empresas de servicios aduaneros vincular su personal mediante contrato de trabajo, motivo por el que se suscribió dicho contrato el 01 de diciembre de 2008, señalándose que devengaba el salario mínimo legal; 8) Debido al aumento en el monto de las comisiones, el 09 de abril de 2010 se elaboró un nuevo contrato de trabajo, señalándose que el cargo era Director de la Sucursal Bogotá, lo que le generó una disminución en sus comisiones del 50% al 30% por los servicios prestados a diversos clientes; 9) No se pagaron las acreencias laborales que se pretende y fue afiliado a seguridad social con

base en un salario mínimo legal; **10)** Le fue concedida pensión de vejez mediante Resolución 29873 de febrero de 2018, teniendo como mesada el salario mínimo legal; **11)** El 07 de septiembre de 2020, le fue terminado el contrato al ser las comisiones que generaba excesivas, presentándose por parte de su empleador, una solicitud de acuerdo para dar por terminada la relación, el que no aceptó; y **12)** Por lo anterior, el empleador finalizó la relación laboral, aduciendo que lo que existió entre las partes era un convenio comercial de representación y que terminaba el contrato por su calidad de pensionado.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

La **demandada** (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que el Decreto 2883 de 2008 ordenó a empresas del sector aduanero su vinculación mediante contrato de trabajo; que el actor se encuentra pensionado por vejez; y que el actor no aceptó firmar un acuerdo de terminación que se le planteó.

Indicó que entre las partes existió un contrato de representación, en donde el accionante obraba de manera independiente y sin ningún tipo de subordinación; y que el actor cobraba por servicios un porcentaje sobre las comisiones que le eran entregadas a la empresa, así como \$10.000 por cada cliente incorporado y \$30.000 por gastos operativos.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor en su calidad de trabajador y la demandada en su calidad de empleador, existió un contrato de trabajo desde el 01 diciembre de 2008 hasta el 08 de septiembre de 2020, conforme la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor, los siguientes conceptos en forma indexada así:

- A. \$56.634.036 por concepto de auxilio de cesantías.
- B. \$1.004.848 por concepto de intereses sobre las cesantías.
- C. \$9.745.912 por concepto de primas de servicio.
- D. \$8.256.593 por concepto de compensación de vacaciones.
- E. A pagar la diferencia de los aportes con destino al sistema general en pensión causados entre el 01 diciembre de 2008 al 08 de septiembre de 2020 para tal efecto deberá tener en cuenta los salarios determinados en esta decisión; para el cumplimiento de la obligación se concede un término de 15 días hábiles a la parte actora para que informe el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado, luego de ello se concederá un término de 15 días hábiles a la parte demandada para que solicite el valor de la liquidación del pago que deberá realizar ante la administradora de fondos de pensiones, una vez se obtenga el mismo se le concede un término de 15 días hábiles para que proceda al pago efectivo de la obligación.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones

QUINTO: SIN COSTAS en el presente proceso.

En síntesis, refirió que está acreditado, según los testigos que, desde el 15 de diciembre de 2000 entre las partes lo que se celebró fue un contrato de representación, en el que el demandante no estaba sometido a ningún tipo de subordinación, ya que, no recibía órdenes, y no cumplía horario de trabajo; que de los testigos también es dable desprender que en virtud de lo estatuido

en el Decreto 2883 de 2008, se celebró un contrato de trabajo con el demandante porque a partir de tal normatividad era obligación de las agencias de aduanas vincular a sus trabajadores mediante tal tipo de contratación; que por lo anterior, es dable deprecar una relación de estirpe laboral desde el 01 de diciembre de 2008, pues por disposición legal se debía vincular al accionante mediante contrato de trabajo, el que por demás fue celebrado formalmente por las partes, y del que incluso, obran llamados de atención, y sanciones a cargo del actor; que los salarios acreditados son los siguientes, 2008, 2010 y 2015, salario mínimo, 2009, \$6'000.000, 2011 a 2014, \$6'500.000, 2016, \$6'500.000, 2017, \$6'700.000, 2018, \$781.242, 2019, \$4'500.000, y 2020, \$6'500.000; que operó prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 05 de febrero de 2018, pues se demandó el mismo día y mes de 2021, con excepción de las cesantías que se hacen exigibles cuando finiquita la relación laboral; que se deben liquidar y se pagar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta los valores descritos; que no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, como quiera que el reconocimiento pensional es causa legal de terminación del contrato de trabajo; que no hay lugar a sanciones moratorias, como quiera que las partes sólo quería cumplir de manera aparente una obligación ante la D.I.A.N., pacto en el que estuvieron de acuerdo ambas partes, y que únicamente generó controversia diez años después; y que se deben reconocer las acreencias laborales indexadas al no prosperar las sanciones moratorias.

4. Argumentos de los Recurrentes.

La **parte actora** dijo que en el artículo 27 del Decreto 2685 de 1999 se señala como obligación de las agencias de aduanas vincular a los trabajadores mediante contrato de trabajo, por lo que, desde el 2000 ya estaba en vigencia tal mandato legal; que para efectos de liquidar el salario se debieron tener en cuenta comisiones; que hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, ya que, si bien es cierto la pensión es justa causa legal, debe ser usada en tiempo, debe gozar de inmediatez; que frente a la indemnización moratoria y la sanción

por no consignación de las cesantías, se debe observar que la demandada maneja muy bien la legislación aduanera, por lo que, conocía perfectamente las consecuencia de no tener vinculado al actor mediante contrato de trabajo, por demás que de las declaraciones se puede colegir que siempre hubo temor a sanciones por tal razón; y que el actor debía aceptar la anterior situación por su condición de trabajador.

Por su parte, la **demandada** adujo que se debe tener en cuenta que la Constitución Nacional prevé la libertad de economía y de empresa, de modo que, lo dispuesto en el Decreto 2883 de 2008 no es constitucional, y por ende se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad; que se debe aplicar el artículo 53 constitucional, ya que, de las pruebas aportadas al proceso es posible determinar que la relación no era laboral, sino un contrato de representación, que se caracterizó por la independencia del accionante, y por no existir ningún tipo subordinación; que por parte del actor lo que se cobraba era una participación de los servicios que se le prestaba al cliente, pues es impensable que una empresa pagara tal valor por concepto de comisiones o salario; que aunado a lo anterior, el demandante podía delegar a una tercera persona para que prestara sus servicios; que de la normatividad de 1999 no se puede evidenciar que era obligación contratar a sus representantes, mediante contrato de trabajo; que la subordinación debía ser continua y permanente, es decir, que debe mantenerse durante todo el tiempo de la relación laboral, empero, sólo existe en el plenario un hecho aislado de subordinación; que del interrogatorio de parte se puede extraer confesión en cuanto a que el demandante sólo ejecutaba trámites y que se le pagaba por ello una proporción con la empresa del servicio prestado; que además, el actor podía desarrollar esta actividad desde cualquier parte, como su casa, y delegar a un tercero en sus funciones; que lo dicho, es dable extraerlo de igual manera de los testigos comparecientes; que en caso que se declare la existencia de un contrato de trabajo, se debe tener en cuenta los términos en que se pactó la relación laboral en el formato minerva, esto es, con un salario mínimo; que no se deben tener en cuenta certificaciones, pues lo que se debe observar es el servicio que el actor prestó; que entre las partes existía un mutuo acuerdo, pues estos tenían claro

las condiciones en que se iba a desarrollar la relación laboral; y que no está ligada la terminación del contrato de trabajo con el reconocimiento pensional, pues puede finiquitarse una vez aparece esta causal en cualquier momento.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de recurso.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Entre las partes existió un contrato de trabajo?, ¿es dable declarar la excepción de inconstitucionalidad frente al numeral 12 del artículo 27-2 del Decreto 2883 de 2008?, ¿los salarios establecidos por el *a quo* son acertados?, ¿el reconocimiento pensional es justa causa de despido del actor?, ¿existió inmediatez por parte del empleador para alegar la terminación del contrato de trabajo en tiempo? y, ¿hay lugar a sanciones moratorias?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio. A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción (CSJRad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJSL12872-2017).

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En igual sentido, y en tratándose de trabajadores de agencias aduaneras, el numeral 12 del artículo 27-2 del Decreto 2883 de 2008, establece:

“Artículo 27-2. Obligaciones de las agencias de aduanas. Las agencias de aduanas en ejercicio de su actividad, a través de sus representantes

legales, administradores, agentes de aduanas o auxiliares tendrán las siguientes obligaciones:

(...) **12.** Vincular a sus empleados de manera directa y formal cumpliendo con todas las obligaciones laborales, aportes parafiscales incluidos los aportes a la seguridad social por salud, pensiones y riesgos profesionales”.

Al respecto, el artículo 392 del Decreto 2685 de 1999 establece que *“se considera que los proyectos generan empleo directo y formal cuando en los mismos se contratan puestos de trabajo que exigen la vinculación de personal permanente y por tiempo completo, a través de contratos laborales celebrados conforme con las normas legales vigentes que rigen la materia y respecto de los cuales el empleador cumpla con los aportes parafiscales y con las obligaciones del sistema integral de seguridad social”*.

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado que el actor ejerció funciones como Representante de la demandada entre el 15 de diciembre de 2000 y noviembre de 2008 (fls.98, 528, 529); que se celebró un contrato de trabajo a término indefinido el 01 de diciembre de 2008 para que el actor desarrollara la labor de Director de la Sucursal Bogotá y Agente de Aduanas (fls. 89 a 95); y que le fue terminada la relación contractual al demandante el 08 de septiembre de 2020, como consecuencia de haber adquirido el actor su condición de pensionado (fl.146).

Así las cosas, es claro que del acervo probatorio recolectado que el demandante prestó servicios a favor de la empresa demandada desde el 15 de diciembre de 2000 hasta el 08 de septiembre de 2020, no obstante, la Sala habrá de precisar tal y como lo dispuso el A quo que, durante el 15 de diciembre de 2000 y el 30 de noviembre de 2008, no es posible predicar ningún tipo de contrato de trabajo.

En efecto, los testigos **Sandra Liliana Castillo Machado y Blanca Torres Álzate** son lo suficientemente ilustrativos, en señalar que el demandante podía delegar sus funciones de representación en cabeza de terceros ajenos a la empresa; que el demandante gozaba de libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, puesto que no cumplía ningún tipo de horario de trabajo, podía laborar en lugares ajenos a su oficina, el cobro de los honorarios del actor dependía de los trámites que realizara, prestaba servicios a diversas empresas, y que no se les impartían órdenes, puesto que únicamente se le comunicaban por parte de la empresa demandada, los trámites a realizar; declarantes que han sido estudiados de conformidad con los principios estatuidos en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, la libre formación del convencimiento.

En consecuencia, le asiste razón al *a quo* en establecer que la relación contractual de las partes estuvo regida mediante un contrato de índole comercial, no siendo así desde el 01 de diciembre de 2008, pues el legislador dispuso a través del Decreto 2883 de 2008, que las agencias de aduanas debían vincular a sus empleados de manera directa y formal cumpliendo con todas las obligaciones laborales; calidad que tiene la demandada pues dentro de su certificado de existencia y representación legal se establece que su objeto social es *“la realización de actividades de agenciamiento aduanero y las demás actividades inherentes a las mismas, conforme en las regularidades señaladas en el decreto 2883 de agosto 6 de 2008 de las disposiciones de la DIAN”*.(fl.81).

Dicho esto, es menester aclarar que no se observa que en el Decreto 2685 de 1999, tal y como lo sostiene la parte actora, se impusiera la obligación a las agencias de aduanas de vincular a sus trabajadores de manera directa y formal, pues la norma que cita, esto es, el artículo 27 hace referencia a inhabilidades e incompatibilidades de las extintas sociedades de intermediación aduanera, en la que en ningún momento se hace alusión a dicho mandato. Por el contrario, la norma a la que dio lectura es el tantas veces mencionado numeral 12 del artículo 27-2 del Decreto 2883 de 2008.

Ahora, y en cuanto a la posibilidad de aplicar la **excepción de inconstitucionalidad** por ser vulnerador el numeral 12 del artículo 27-2 del Decreto 2883 de 2008, se necesario rememorar que, para que sea dable aplicar dicha herramienta jurídica es necesario que de una primera revisión surja para el intérprete la inequívoca conclusión de que la norma revisada se encuentra en contravía de los principios y mandatos superiores (T- 221 de 2006).

Así mismo, en sentencia CSJSL1622-2019 se estableció *“La excepción, que no ha sido ajena a esta Sala, es procedente cuando nos encontramos frente a una norma abiertamente contraria a la constitución o por ser una normativa regresiva frente al contenido mínimo de protección que inicialmente se ofrecía, sin que exista una justificación razonable a la luz de la misma constitución que hubiera habilitado el cambio normativo”*.

Sobre el tópico, sustenta el apoderado de la parte demandada que la norma en estudio se encuentra en contravía de los derechos fundamentales de que goza la empresa demandada de ejercer su libertad de empresa y economía, no obstante, para la Sala no salta a la vista tal situación, por el contrario, el mismo artículo 333 constitucional establece un límite a dicho derecho fundamental, que no es otro que el bien común.

De esta manera, resulta palmario que no se está en presencia de un derecho que es absoluto, más aún cuando se está frente a una actividad tan delicada y regulada como es la que prestan las agencias de aduanas, a quienes se les exige tener un buen gobierno y tener procesos seguros, siendo necesario que el dicho sector sea cada vez más profesional; ello se logra extraer de la intervención de Doctor Bernardo Escobar, Director de Aduanas de la DIAN, obrante en la gaceta del congreso 698 del 06 de agosto de 2009 al referirse al Decreto 2883 de 2008, en la que señaló:

“Es por eso que ahí donde las Sociedades de Intermediación Aduanera nos puede ayudar, porque con el conocimiento técnico y conociendo a su cliente, que es una cosa importante que se hace énfasis en el 2883, en

fundamentos de buen gobierno para las sociedades de intermediación, entre ellos, conocer el cliente nos parece importante, más en estos momentos del terrorismo y de la inseguridad en el mundo, hacen que sean importantes tener procesos seguros, eso es lo que pretende la norma, nosotros no pretendemos acabar con los gremios de sociedades de intermediación aduanera, sino fortalecerlo. Creo que el 2883 es el inicio de un proceso que vamos a adelantar para hacer más profesional el sector”.

Por otra parte, la Sala considera que no es dable aplicar el artículo 53 constitucional para determinar que la relación que rigió a partir del 01 de diciembre de 2008 no era de índole laboral, pues aunado a que existe un mandato legal que obligaba a la agencia aduanera a vincular a sus empleados con el pago y reconocimiento de todas las obligaciones legales de rigor, lo cierto es que la Sala carece de elementos suficientes para determinar que el contrato que rigió entre las partes a partir de tal fecha no era de tal estirpe, puesto que se encuentran actos desplegados por la demandada que, no permiten establecer de manera clara y fehaciente que no existía el elemento de la subordinación.

Al respecto, encuentra la Sala, que durante dicho lapso el demandante fue objeto de llamado a descargos del 22 de junio de 2018 y, se le impuso un llamado de atención (fls.119), sin que de manera alguna resulte atendible lo expuesto por el testigo **Andrés Alberto Estrada Castellano** quien señala que efectuó tal procedimiento únicamente para recopilar información, pues tal circunstancia no se encuentra asidero en la documental, máxime cuando de dicha diligencia se logra extraer que se sancionó al actor con fundamento en el reglamento interno de trabajo, en los siguientes términos:

“De acuerdo al Reglamento Interno de Trabajo según su artículo 49° Sanciones económicas el cual establece que *“En los casos en que la empresa se vea inmersa en una sanción de multa por parte de la autoridad competente, bien sea en el momento o en riesgo de la misma*

ante un eventual control posterior, así como en reclamaciones económicas por parte de terceros, por responsabilidad directa de uno o varios empleados, y una vez surtido el trámite señalado en el artículo 50, se procederá de la

siguiente manera: 1. Se hará corresponsable al trabajador, debiendo asumir éste el 30% del monto total de la multa o del valor económico a reconocer a terceros, sin superar el 60% del salario mensual que devengue en el momento de la sanción. 2. El valor será descontado por nómina en un plazo de seis (6) meses, o en las condiciones que fueren pactadas entre las partes.” Se acuerda que el trabajador asumirá el 30% del valor de la multa del error el cual fue de un monto de trescientos mil pesos m/cte. (\$300.000), teniendo en cuenta que el error es compartido con la coordinadora del grupo de apoyo técnico la señora Claudia Lorena Arizabaleta, este 30% se dividirá entre ambos, lo cual corresponde a cuarenta y cinco mil pesos m/cte. Cada uno de los cuales serán descontados en un plazo de seis (6) meses”

En suma, en el memorando del 14 de junio de 2018 se le llamó la atención, señalándose nuevamente que debía asumir el valor de la sanción el cual le sería descontado de su cuenta con fundamento en el artículo 47 del reglamento interno de trabajo (fls.124 y 125); de modo que, durante tal periodo no se estaba frente a un mero contratista independiente, pues por el contrario, obra prueba que permite determinar la calidad de subordinado del trabajador; elemento que le correspondía desvirtuar a la parte demandada, carga que se reitera, no logró acreditar.

Así mismo, sustenta el apoderado de la parte actora que el contrato de trabajo se suscribió para acreditar un mero requisito formal ante la DIAN, pretexto que es totalmente censurable, pues en cabeza de las personas naturales y jurídicas está el imperativo de observar las normas que los rigen, en este caso especial, la normatividad referente a las agencias de aduanas, de modo que se diera a esta, su cabal cumplimiento, pues como se dijo previamente no fue caprichosa la intención del legislador de establecer en cabeza de las agencias de

aduanas vincular a sus empleados de forma directa y con toda la formalidad propia de las relaciones laborales; deber que no podía ser desconocido y que obligaba al empleador a efectuar la correspondiente vinculación mediante contrato de trabajo.

Del mismo modo, no encuentra la Sala que el demandante hubiera pactado algún tipo de cláusula de exclusividad con la demandada, recuérdese que el artículo 26 del C.S.T. permite que un mismo trabajador pueda celebrar varios contratos de trabajo. En todo caso, y dado el servicio que prestaba el accionante no se observa que este suficientemente acreditado que hubiera desplegado funciones como agente de aduanas a nombre de otras agencias de aduanas, pues no basta que fuera socio o representante legal, era necesario que se demostrara que realmente ejecutó dichas labores.

Ello, puesto que si bien a folio 846 obra una cuenta de cobro por valor de \$3'650.000 por servicios prestados Led Ls Colombia S.A.S. no se logra determinar que tal servicio hubiese sido prestado directamente por el actor en su condición de agente de aduanas, por demás que en interrogatorio de parte, no se aceptó que tal cobro fuera consecuencia de un agenciamiento aduanero; de la documental de folios 853 a 878, no se observa que los servicios que allí se plasman fueran algún tipo de agenciamiento, pues es una respuesta a una solicitud que le fue allegada, a lo que el demandante en interrogatorio señaló que se trataba de una asesoría que pidió la hija de un amigo de la aduana que incluso era representante legal de la empresa demandada; de la documental de folios 878 a 882 lo que se distingue es que fue un trámite que hizo DHL Express Colombia Ltda., en la que únicamente le pidieron una revisión al actor, de la que ni siquiera se puede dar certeza si la efectuó, por demás que en interrogatorio de parte el actor se circunscribió a señalar que en ella, sólo se habló de una colaboración de un transporte, lo que no hacía parte de su labor como agente de aduanas; y de los documentos visibles a folios 884 a 888, se allegaron unos poderes para trámites aduaneros, no obstante, ninguno está suscrito por él y en interrogatorio de parte el actor, únicamente hizo alusión a

que se trataba de formatos que necesitaba un compañero para que él hiciera el respectivo con trámite con su cliente.

Finalmente, no encuentra la Sala que el demandante hubiese incurrido en algún tipo de confesión al rendir interrogatorio de parte, pues fue claro en señalar que desde 2008 corría en cabeza de la demandada la obligación de ser vinculado laboralmente, y de pagarle todas sus acreencias laborales, lo que no cumplió.

Por lo tanto, considera la Sala que le asiste razón al A quo al declarar desde el 01 de diciembre de 2008 un contrato de trabajo, por manera que tal declaratoria se CONFIRMARÁ, y se procederá a estudiar los demás temas objeto de impugnación.

SALARIO.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

Es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del CSJRad. 27325 del 10 de julio de 2006, CSJRad.

40509 03 de julio de 2013, CSJRad. 4369609 de julio de 2014, CSJSL-865-2019, y CSJSL4866-2020, por citar algunas.

Del mismo modo, la jurisprudencia de cierre tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021).

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que en el contrato de trabajo celebrado entre las partes se estableció que el salario a reconocer sería el mínimo legal (fls. 91 y 92), no obstante, el mismo empleador certificó los siguientes salarios: 2009, \$6'000.000, 2011 a 2014, 2016 y 2020, \$6'500.000, 2017, \$6'700.000, y 2019, \$4'500.000 (fls. 99 a 110); mismos valores que anunció el A quo, aclarándose que en tales condiciones los demás salarios corresponderían al mínimo legal al no estar debidamente demostrados.

Al punto, se hace necesario rememorar en relación con las **certificaciones** emitidas por el empleador, que en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (CSJSL14426-2014; CSJSL6621-2017; y CSJSL2600-2018).

Ahora bien, al proceso se incorporó prueba documental que da cuenta de pagos efectuados por la demandada, no obstante, los certificados de la DIAN de folios 110 y 111 no permiten establecer cuales fueron pagados por la demandada y por cual concepto; misma circunstancia que acontece con la

documental de folios 171 a 188, y que fueran emitidas por el Banco de Occidente, puesto que únicamente dan cuenta de las transferencias que fueron realizadas por la demandada a nombre del actor, pero sin indicar el motivo de su pago.

No obstante, a folios 537 a 710, obran relaciones de los diferentes servicios que presuntamente realizó el demandante o planillas de estos, sin embargo, de estos no se logra deducir fehacientemente el salario que este percibía, como quiera que apenas son planillas que mismo accionante realizaba, y que como puede observarse en los correos electrónicos de folios 657 a 660, 663 a 665, 668, 671, 675, 678, 679, 682, y 685, estaba sujeto a verificación, sin que sea dable establecer con certeza que estos fueron los pagos definitivos que se le realizaron al accionante.

En consecuencia, y dado que no se logró desvirtuar las certificaciones emitidas por el empleador, se confirmarán los salarios señalados, y en consecuencia no se reliquidarán las acreencias laborales reconocidas a favor del actor.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Ahora, y en lo que respecta a la inmediatez del despido cuando se ampara en el reconocimiento de una pensión, es necesario rememorar que dicha causal de terminación del contrato de trabajo es una causal objetiva que se encuentra desligada de la conducta del empleado, lo que implica que no es aplicable dicho principio (SL3108-2019).

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJSL2509-2017, reiterada en las providencias como las CSJSL3108-2019, CSJSL3146-2020 y CSJSL030-2021, precisó que el reconocimiento de la pensión, como causal para dar por terminado un contrato de trabajo presentaba las siguientes características, a saber: i) La causal resulta aplicable en las vinculaciones laborales, tanto del sector privado como del público; ii) Para su configuración no solo se requiere el acto de reconocimiento de la pensión sino la efectiva inclusión en nómina de pensionados; iii) Puede ser utilizada por el empleador en el momento que considere necesario o conveniente, cuidando de no transgredir el artículo 128 de la Constitución Política en el caso de los servidores oficiales; iv) El empleador tiene la facultad de solicitar y tramitar la pensión en nombre de su trabajador; y v) Esta causal aplica tanto a quienes devenguen una pensión reconocida por una administradora del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como a los beneficiarios de pensiones del régimen de transición pensional.

Por lo anterior, y dado que se encuentran acreditados los requisitos expuestos, por cuanto que el demandante se encuentra incluido en nómina de pensionados desde febrero de 2018 según certificación obrante a folio 314; y que el actor no estaba sometido a la regla de la inmediatez, se considera acertado que no haya lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa.

SANCIONES MORATORIAS.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las **sanciones moratorias**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o de la fecha consignación de las cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, o el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se comparte la decisión del A quo de absolver por las sanciones estudiadas, pues el demandante no era cualquier trabajador, pues si bien desempeñaba labores como Agente de Aduanas también era el Director de la Sucursal Bogotá, y por ende, el Representante de la empresa en dicha ciudad, por lo que, tenía injerencia en las decisiones que se pudieran tomar; es por ello, que en tal sentido, las testigos Sandra Liliana Castillo Machado y Blanca Torres Álzate son contestes en manifestar que fue a raíz de lo dispuesto en el Decreto 2883 de 2008 que se celebró un contrato de trabajo entre las partes, no obstante, las condiciones del contrato inicial de representación no cambió, y el demandante siguió laborando en la gestión de diversos trámites aduaneros, cobrando por cada uno de ellos, lo que también

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00056 -01
Demandante: **GUILLERMO LEÓN VALENCIA VELÁSQUEZ.**
Demandado: **AGENCIA DE ADUANAS SERVADI S.A.S.- NIVEL I.**

se avizora en la relación de cobros o planillas obrantes en el plenario, donde se verifica que el actor cobraba por servicio prestado.

En ese mismo sentido, el demandante informó en interrogatorio de parte que era él quien cobraba sobre la base del valor de la mercancía; que debido a la saturación de trabajo se vio en la necesidad de contratar un empleado adicional para que le colaborara a realizar los trámites aduaneros; y que a partir de allí, acordó con la empresa el pago sobre el 30% de la mercancía; de lo que se colige nuevamente que tenía la posibilidad de arribar a acuerdos con la empresa, y de poner temas en consideración de esta; de modo que, ciertamente el actor tenía injerencia en las decisiones y la forma de trabajar de la empresa, especialmente, en la ciudad de Bogotá, en donde como él mismo lo informó, era el único que prestaba el servicio de agente aduanero.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

IV.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: – CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

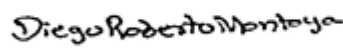
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00056 -01
Demandante: **GUILLERMO LEÓN VALENCIA VELÁSQUEZ.**
Demandado: **AGENCIA DE ADUANAS SERVADI S.A.S.- NIVEL I.**

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

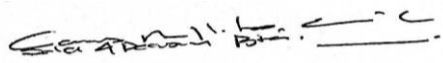
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MYRIAM GUTIÉRREZ ARTEGA** promovió contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora aspiró al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en calidad de hija mayor en condición de discapacidad, a partir del 12 de agosto de 2020. Igualmente, solicita intereses moratorios, o en subsidio, indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que:

1) Juan de Dios Gutiérrez Vanegas cotizó al extinto I.S.S., reconociéndose

pensión a su favor, mediante Resolución 001676 de 1973; **2)** El señor Gutiérrez Vanegas falleció el 12 de mayo de 1988; **3)** Solicitó la pensión de sobrevivientes, Carmen Rosa Arteaga de Gutiérrez, en calidad de cónyuge supérstite, reconociéndose la prestación a través de la Resolución 02873 del 15 de noviembre de 1988; no obstante, falleció el 12 de agosto de 2020; **4)** Es hija del causante, y fue declarada interdicta desde su nacimiento, por lo que, era este quien proveía su sustento y manutención; **5)** Carmen Rosa Arteaga de Gutiérrez era su madre, y siempre se dedicó al hogar; **6)** La Junta Regional de Caldas calificó su porcentaje de pérdida de capacidad laboral en un 60,02%, con fecha de estructuración, su nacimiento, 16 de septiembre de 1944; y **7)** El 17 de febrero de 2021 solicitó pensión de sobrevivientes, pero su solicitud fue devuelta presuntamente por no encontrarse en la base de datos de la entidad.

2. Actuación Procesal.

COLPENSIONES (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que el señor Gutiérrez Vanegas falleció el 12 de mayo de 1988; que Carmen Rosa Arteaga de Gutiérrez solicitó la pensión de sobrevivientes, la que le fue reconocida a través de la Resolución 02873 del 15 de noviembre de 1988; que la señora Arteaga de Gutiérrez falleció el 12 de agosto de 2020; que el causante es padre de la demandante; que la actora tiene un P.C.L. del 60,02% con fecha de estructuración su nacimiento, 16 de septiembre de 1944; y que la actora elevó reclamación administrativa el 17 de febrero de 2021, la que se devolvió por no estar registrado en la base de datos el causante.

Afirmó que debe probarse la calidad de hijo invalidado a la fecha de fallecimiento del causante, así como su dependencia económica; y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral es una fecha muy posterior al fallecimiento del causante.

3. Providencia Recurrida.

La a quo dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor de la demandante como hija del causante, a partir del 12 de agosto de 2020, en cuantía inicial de \$913.266, que para 2021 corresponde a \$927.969 y que para el año 2022 corresponde al salario mínimo legal vigente, esto es, \$1.000.000.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a cancelar a los sucesores procesales LUZ DARY GUERRERO GUTIERREZ, JOSUE GUERRERO GUTIERREZ y SAMUEL GUERRERO GUTIERREZ, el retroactivo causado desde el 12 de agosto de 2020 y hasta el 09 de febrero de 2022, fecha de fallecimiento de MIRYAM GUTIERREZ ARTEAGA, como hija del causante Sr. JUAN GUTIERREZ, por valor de \$14.134.648 suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas a la suma de \$ 1.000.000 incluyendo las agencias en derecho.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES del pago de intereses moratorios.

En síntesis, refirió que está demostrada la calidad de pensionado del señor Juan de Dios Gutiérrez Vanegas a través del I.S.S. mediante la Resolución 01676 de 1973, así como su fallecimiento el 12 de mayo de 1988; que a su vez, está acreditado que por lo anterior, se reconoció a Carmen Rosa Arteaga de Gutiérrez sustitución pensional, y que falleció el 12 de agosto de 2020; que la demandante en este proceso es hija del señor Gutiérrez Vanegas, y que tenía

un P.C.L. del 60,02% con fecha de estructuración, su nacimiento; que está demostrado que la actora dependía económicamente de su padre, pues tenía un P.C.L. del 60,02%, y según la prueba testimonial, era su padre quien proveía todo lo del hogar, puesto que su madre era ama de casa, su esposo abandonó el hogar, y la manutención de este dependía de la pensión del señor Gutiérrez Vanegas; que no operó prescripción, pues se solicita la pensión desde el 12 de agosto de 2020, sin que hubieran transcurrido más de tres años para demandar; y que al fallecer la actora el 09 de febrero de 2022 hay lugar al reconocimiento de un retroactivo por pensión de sobrevivientes hasta dicha fecha, a quienes acreditaron la calidad de sucesores procesales, esto es, Luz Dary, Josué, y Samuel Guerrero Gutiérrez, son hijos de la actora.

4. Argumentos del Recurrente.

La parte actora manifestó que se deben reconocer intereses moratorios, por cuanto COLPENSIONES era quien debía contar con la información necesaria para estudiar la viabilidad del reconocimiento pensional; que aunado a ello, se les aportó la documental, y la entidad negó el reconocimiento prestacional; y que es tanta la mora que la actora no logró recibir la pensión de sobrevivientes.

Por su parte, **COLPENSIONES**, expuso que no se debió condenar en costas, como quiera que, presta un servicio público obligatorio y no se puede destinar los recursos de la entidad a fines diferentes para lo que fue creada; y que en caso de no prosperar la totalidad de pretensiones, es dable que absolver por la imposición de costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Están acreditados los requisitos para considerar a la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su padre, Juan de Dios Gutiérrez Vanegas?, ¿es acertada la fecha de reconocimiento pensional, el valor de la mesada pensional y del retroactivo?, y ¿había lugar al reconocer los valores aludidos a los sucesores procesales?

Tesis

Revocar parcialmente y modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la pensión de sobrevivientes.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado (02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013,

CSJRads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, y CSJSL4261-2020).

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Juan de Dios Gutiérrez Vanegas -09 de mayo de 1988- (fl. 28 del archivo 01) las disposiciones que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 21 y 22 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, que a la letra rezan:

“ARTICULO 21. La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuesto en el artículo 16 del presente reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno”.

“ARTICULO 22. Cada uno de los hijos, legítimos o naturales reconocidos conforme a la ley, del asegurado o pensionado fallecido, que sean menores de 16 años o de cualquier edad si son inválidos, que dependan económicamente del causante; tendrán iguales derechos a la pensión de orfandad.”

En cuanto a la **dependencia económica y la condición de invalidez del hijo**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha señalado en sentencias como la del CSJRad. 26823 del 24 de julio de 2006, CSJSL494-2021, CSJSL2346-2020, y CSJSL8468- 2015, que tales presupuestos se deben presentar en vida del causante, pues la finalidad es que el hijo no se vea en condición de desamparo.

Revisado el material probatorio en su integridad se tiene que el señor Gutiérrez Vanegas falleció ostentando el status de pensionado el 09 de mayo

de 1988, pues le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución 001676 de 1973 (fls. 51 y 52 del archivo 01).

Ahora, y para efectos de determinar si a la demandante le correspondía la prestación aludida, era necesario que acreditara su condición de invalidez, y dependía económicamente de su padre, al momento del deceso de este.

Al respecto, y en lo atinente a la condición de invalidez de la accionante, es claro con el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas que, la accionante padecía de un deterioro auditivo binaural, y de un retraso mental moderado, lo que le arrojaba un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 60,02%, que tiene como tiene fecha de estructuración su nacimiento, 16 de septiembre de 1944 (fls. 34 a 38 del archivo 01); por demás que se encontraba declarada su interdicción desde la sentencia del 28 de abril de 2010, confirmada el 08 de septiembre del mismo año.

En cuanto a la dependencia económica, la testigo Luz Dary Guerrero Gutiérrez manifestó que por la condición de salud de la actora, esta vivía con sus padres; que la demandante dependía del causante, pues este sufragaba todos los gastos del hogar; que si bien la actora estuvo casada, su esposo la abandono recién nació su tercer hijo; que fue el causante quien pagó sus estudios y los de sus hermanos; que el núcleo familiar era el abuelo, la abuela, su mamá, y ellos, los nietos; y que su mamá no estaba en capacidad de defenderse ella misma, siempre ha necesitado de alguien que la ayude y este pendiente de ella; de lo que se colige que para el momento del fallecimiento del señor Gutiérrez Vanegas, este sufragaba los gastos de la demandante, por su condición especial de salud.

Lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene que el testigo Carlos Alberto Rivera Franco adujo que desde que conoció a la actora (1990), esta no podía trabajar porque tenía una discapacidad; que era la mamá de esta, quien se hacía cargo de ella; y que el papá de los hijos de la actora, nunca le aportó algo a ella ni a sus hijos.

En consecuencia, se considera acertado el reconocimiento pensional, por lo que, se procederá a verificar las demás condenas.

Fecha de reconocimiento, prescripción, valor de la mesada y del retroactivo.

Pese a que el fallecimiento del señor Gutiérrez Vanegas acaeció en 1988, no obstante, se solicita la pensión de sobrevivientes desde 12 de agosto de 2020, y así se reconoció, sin que ello fuera objeto de apelación, por lo que tal fecha de reconocimiento se confirmará, máxime si se tiene en cuenta que en la fecha en mención acaeció el fallecimiento de la señora Carmen Rosa Arteaga de Gutiérrez, madre de la demandante y quien hasta su defunción fue beneficiaria en calidad de cónyuge supérstite de la pensión del causante.

Por otra parte, y en consideración a que se reconoce la pensión desde el 12 de agosto de 2020, y que se demandó, inclusive, el 24 de marzo de 2021 (archivo 02); se concluye que no operó el fenómeno de la **prescripción**, por cuanto no transcurrieron los tres años de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

En cuanto al **valor de la mesada**, existe constancia que la señora Carmen Rosa Arteaga de Gutiérrez a agosto de 2020 devengaba como mesada pensional, \$913.266 (fl.55 del archivo 01), misma suma que adujo la *a quo* como valor de la mesada pensional que se debería pagar a la actora, por lo que, se confirmará. Asimismo, según los reajustes de rigor la mesada a 2021 y 2022 equivale a \$927.969 y \$1'000.000, respectivamente, según las siguientes operaciones de rigor.

MESADA					
AÑO	REAJUSTE	MESADA	SALARIO MÍNIMO	MESADAS	TOTAL

2020	1,61%	\$ 913.266,00	\$ 877.803,00	5,63	\$ 5.144.731,80
2021	5,62%	\$ 927.969,58	\$ 908.526,00	14	\$ 12.991.574,16
2022		\$ 980.121,47	\$ 1.000.000,00	1,3	\$ 1.300.000,00
TOTAL					\$ 19.436.305,96

De igual manera, y en lo que respecta al valor del retroactivo, como quedo visto la suma resultante en esta instancia es **\$19'436.305,96** suma superior a la que impuso el *a quo*, **\$14.134.648**, sin que ello fuera objeto de recurso de apelación, por lo que, se confirmará, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*.

Intereses moratorios e indexación.

Conforme las voces del artículo 1° de la Ley 717 de 2003, los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que acontece cuando, presentada la solicitud pensional con el lleno de requisitos de ley, la entidad no la resuelve en el término de dos meses.

En el sub examine, se observa que las razones esgrimidas por COLPENSIONES en la comunicación del 17 de febrero de 2021 para no reconocer la pensión fue que el causante no aparecía dentro de sus bases de datos (fl.25 del archivo 01), no obstante, quedó demostrado que gozó de pensión de vejez con ellos desde 1973, y que esta prestación fue sustituida a su cónyuge supérstite en 1988, por lo que, no guarda asidero la respuesta emitida por COLPENSIONES (fl.25 del archivo 01).

Así las cosas, y dado que la reclamación que elevó el demandante se radicó el **17 de febrero de 2021**, los intereses moratorios sobre las mesadas causadas desde el 12 de agosto de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021 se deben reconocer a partir **del 17 de abril de 2021**, hasta la fecha en que se haga efectivo

el pago de las mesadas; y que los intereses moratorios de las mesadas causadas entre el 01 de abril de 2021 y el 09 de febrero de 2022, se deben reconocer a partir de la causación de cada mesada hasta que se haga efectivo su pago. Lo dicho, de conformidad con las sentencias CSJSL194-2019, CSJSL3397-2020 y CSJSL359-2021, resaltando además que al resultar próspera la condena por concepto de intereses moratorios, no hay lugar a **indexación**, como quiera que dichas condenas resultan incompatibles, pues la indexación se entiende incluida en los intereses moratorios (CSJSL2876-2022), en consecuencia, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral tercero** de la sentencia, en cuanto se accedió a la condena por indexación, para en su lugar ordenar el pago de intereses moratorios en los términos aludidos.

De las Condenas a Favor de los Herederos Procesales.

Al respecto, es necesario aclarar que al fallecer la señora MYRIAM GUTIÉRREZ ARTEAGA, esta podía ser representada en juicio con alguno de sus sucesores procesales, pues así lo dispone el inciso 1º del artículo 68 del C.G.P. que establece *“Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”*.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la calidad de sucesor procesal permita *per se* el reconocimiento de la prestación a favor éstos, pues el retroactivo pensional causarse en vida del demandante, previamente debe ingresar a la masa sucesoral, y ser reconocido a quienes resulten sus herederos conforme las reglas del derecho sucesoral (CSJSL1113-2019).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado del 12 de agosto de 2020 al 09 de febrero de 2022 por la suma de \$14.134.648, y los intereses moratorios se deben reconocer a favor de la masa sucesoral de la señora MYRIAM GUTIÉRREZ ARTEAGA.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Al punto, se rememora que el legislador ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio. En consecuencia, era dable imponer condena en costas en primera instancia a cargo de la demandada, pues esta resultó vencida en juicio.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **tercero** de la sentencia, en cuanto ordenó el pago del retroactivo indexado, para en su lugar, ordenar que los **intereses moratorios** sobre las mesadas causadas desde el 12 de agosto de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, se deben reconocer a partir del 17 de abril de 2021, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas; y que los intereses moratorios de las mesadas causadas entre el 01 de abril de 2021 y el 09 de febrero de 2022, se deben reconocer a partir de la causación de cada mesada hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas.

Demandante: **MYRIAM GUTIÉRREZ ARTEAGA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SEGUNDO – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado del 12 de agosto de 2020 al 09 de febrero de 2022 por la suma de \$14.134.648, y los intereses moratorios se deben reconocer a favor de la masa sucesoral de la señora MYRIAM GUTIÉRREZ ARTEAGA.

TERCERO – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

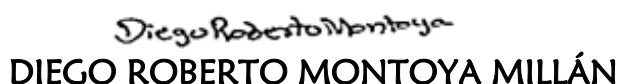
CUARTO – Sin costas en esta instancia.

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

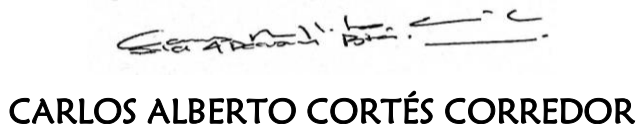
Los Magistrados



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2020 00108 01.

Demandante: **MARICELA DEL PILAR CHÁVEZ REINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARICELA DEL PILAR CHÁVEZ REINA** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la otrora AFP Colmena hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como de los demás traslados que efectuó dentro del **R.A.I.S.** Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a las AFP demandadas, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y

demás dineros aportados al R.A.I.S., y a esta última a recibirla sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (fl. 96), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **SKANDIA S.A.** (fl. 98), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo entre estas la de prescripción.

Así mismo, **PROTECCIÓN S.A.** (fl. 100), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (fl. 102), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La A Quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARICELA DEL PILAR CHAVEZ REINA al régimen de ahorro individual el 18 de diciembre de 1995, con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 1996 por intermedio de cesantías y pensiones Colmena, hoy AFP PROTECCIÓN S.A; quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a PORVENIR S.A y SKANDIA, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante-aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARICELA DEL PILAR CHAVEZ REINA. Para ello se concede el término de un (1) mes. 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que

descontó de los aportes realizados por la señora MARICELA DEL PILAR CHAVEZ REINA por motivo gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, SKANDIA y COLPENSIONES conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES, SKANDIA, PORVENIR S.A.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión **CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

4. Providencia Recurrida.

PROTECCIÓN S.A. dijo que los efectos de la declaratoria de ineficacia no resultan ser congruentes con las condenas impuestas en este caso, pues no se debe ordenar el traslado de los gastos de administración ni seguros previsionales, pues ya se está ordenando la devolución del capital y sus rendimientos, y estos últimos superan “significativamente” lo que se descontó por gastos de administración y solicitó la salvaguarda del principio de legalidad

y de sostenibilidad financiera, además de la confianza legítima con la cual esa AFP descontó los dineros de las cotizaciones de la demandante.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** señaló que no procede la devolución de los gastos de administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues en el régimen de prima media también se destina un 3% de la cotización a financiar tales emolumentos, adicionalmente, estos no forman parte integral de la pensión, por lo que están sujetos a prescripción y que no existe ninguna norma que disponga tal devolución, ya que la Ley 100 de 1993 es clara al mencionar cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos y que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no le pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para crear el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Indicó que si se ordenara el traslado de los gastos de administración también debería ordenarse a la demandante restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, tratándose de las restituciones mutuas y que estos no corresponden a valores que pertenecen al afiliado en ninguno de los regímenes pensionales y no financian la prestación de vejez por lo que puede predicarse su prescriptibilidad.

SKANDIA S.A. adujo que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 señala que un porcentaje del aporte se destinará al pago de los gastos de administración y las primas de seguro previsional, de lo que se puede colegir que ese descuento se presenta en ambos regímenes pensionales; que la comisión de administración está destinada a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales, por lo que esta comisión no es del afiliado y no está destinada a la financiación de la pensión de vejez; que las AFP deben garantizar a sus afiliados una rentabilidad mínima, por lo que la orden de indexación resulta incompatible pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la

demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario han generado rendimientos.

Finalmente, **COLPENSIONES**, precisó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no puede regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, debiendo haber regresado cuando le faltaren más de 10 años para cumplir el requisito para acceder a la pensión, sin embargo la petición de regreso la elevó cuando tenía 52 años; que no hizo uso del derecho de retracto; que permitir el traslado de la demandante genera un detrimento y un desfinanciamiento del sistema que pone en peligro las pensiones de todos los afiliados que han sido solidarios con el sistema.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la parte actora y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de octubre de 1991 presenta aportes en tal régimen (fls. 75 carpeta expediente administrativo cd. Fl. 102); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora AFP Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el 18 de diciembre de 1995 (fls. 30 y fl. 49 cd fl. 100).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; 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; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí

brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 30 y 49 del disco compacto obrante a folio 100, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de diciembre de 1995 con la otrora AFP Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Chávez Reina se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (18 de diciembre de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar y que por ello recomendaban el traslado de sus cotizaciones al fondo privado para que los aportes no se “perdieran”, que si bien les indicaron que podían pensionarse

anticipadamente y que en caso de que el afiliado falleciera los hijos podrían reclamar la pensión, no le hablaron sobre rendimientos, que firmó el formulario de manera libre y voluntaria; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP con la que inicialmente hiciera el traslado de régimen, esto es Protección S.A., que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (CSJSL1688-2019).

De igual manera, y en cuanto al argumento relativo a que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía un derecho adquirido, en sentencia CSJSL 1688-2019, se expuso 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.

En relación con el derecho de retracto, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida (CSJSL1217-2021).

Ahora bien, en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 26 de enero de 2001 (fl.73 del cd folio 96), SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el 16 de octubre de 2002 (fl. 59 y fls. 32 y 58 del cd de folio 98), y a PROTECCIÓN S.A. el 25 de febrero de 2016 (fls. 47 del cd de folio 100), es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que tenía PROTECCIÓN S.A., de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

En cuanto al argumento relativo a que la actora realizó la solicitud de retorno a Colpensiones cuando ya se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, y frente a la orden de devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo gastos de administración, en sentencia como la CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto

es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la AFP tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensional (CSJSL2173-2022), por lo que, al imponerse la condena atendiendo tales directrices se confirmará.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. – **CONFIRMAR**, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y, SKANDIA S.A.

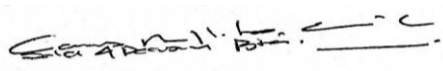
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2020 00108 01.

Demandante: **MARICELA DEL PILAR CHÁVEZ REINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y, SKANDIA S.A., como agencias en derecho la suma de \$2.250.000.



Rhina Patricia Escobar Barboza

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA