



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **07 2022 00214 01**
Demandante: JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ LOZANO
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ELKIN FABIÁN CASTILLO CRUZ, identificado con cédula de ciudadanía 80.282.676 y T.P. 261.451 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ LOZANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin que se declare que estuvo afiliado al régimen de pensiones administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - I.S.S., entre julio de 1986 y octubre de 1993, en donde alcanzó 51.29 semanas, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. a partir de enero de 2004, el cual es ineficaz por omisión al deber de información, lo conlleva a que se pueda pensionar en condiciones más favorables en el régimen que administra COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene su retorno y afiliación en el régimen de prima media con prestación definida y se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que obren en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 18 de septiembre de 1966, y se afilió en julio de 1986 al régimen de prima media con prestación definida por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en donde realizó aportes hasta el mes de octubre de 1993, acreditando 51.29 semanas. A continuación, refirió que en diciembre de 2003 los asesores de COLFONDOS S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, asegurándole que ese fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, ya que se podía pensionar de forma anticipada y con un monto mayor al que obtendría RPMPD, aunado a que el ISS atravesaba una difícil situación y posiblemente se acercaba su extinción.

Empero, omitió realizar una proyección pensional e informarle de manera clara y puntual sobre la naturaleza del régimen privado de pensiones, además de las características condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y

consecuencias del cambio de régimen pensional, motivos por los cuales suscribió el formulario de afiliación a ese régimen en enero de 2004.

Agregó que, el 22 de abril de 2022 contrató una proyección pensional, que evidencia que su mesada en COLPENSIONES ascendería a \$6.175.428, entre tanto, en COLFONDOS S.A. el capital con el que cuenta sería insuficiente para acceder a una pensión de vejez, lo que permite evidenciar el error en el que se le hizo incurrir al momento del traslado de régimen. Por último, sostuvo que solicitó a las encartadas la nulidad de su traslado de fondo de pensiones por vicio en el consentimiento, pedimento que fue negado. (f. 1 a 19 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, arguyendo que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además los asesoró sobre de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el RAIS. Dicho esto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico, ya que no se aportan elementos de prueba que permitan demostrar que la vinculación del actor a ese fondo se efectuó bajo algún vicio del consentimiento, máxime cuando el formulario de afiliación da cuenta que la vinculación a ese régimen se dio de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f. 1 a 26 archivo 07)

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de

que efectivamente al demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte del actor, al contrario, de las documentales obrantes en el plenario se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otra parte, adujo que el gestor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmerso en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 4 a 47 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el señor JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ LOZANO con la AFP COLFONDOS el 18 de febrero de 2004.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ LOZANO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde febrero de 2004, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional que se declara ineficaz, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminando todos los valores objeto de devolución a COLPENSIONES, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes que se devuelven, valor de los descuentos de los aportes que son objeto de devolución, el valor de la indexación y los descuentos que se realizaron de esos aportes, y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1986.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos demandados.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1603 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso de la gestora, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 2004, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

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

Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que COLFONDOS S.A., al momento de vincular al demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose de esa manera ineficaz el traslado que realizó el gestor a la AFP COLFONDOS S.A., lo que a su vez conlleva la devolución de las sumas producto de dicho retorno, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizó el promotor y ordenó la devolución por parte del fondo privado a COLPENSIONES los rubros producto de esa declaratoria. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto refirió que, al momento del traslado de régimen pensional del actor, la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993, por ende, solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado de trasladarse, lo cual manifestaba a través de la firma del formulario, calenda para la cual no existía la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 por medio de los cuales nace la obligación de las AFP de brindar la doble asesoría a sus afiliados.

Además, enfatizó que el presente caso debe analizarse conforme a la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario, dado que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, conforme lo reglado en el artículo 29 de la Constitución Política.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su vez, puso de presente que el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años, de modo que, la decisión de instancia lesionada la sostenibilidad financiera del sistema, aunado a que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contemplada en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, lo cual guarda consonancia con lo reseñado por la Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 y C-062 de 2010. Frente a la condena en costas, dijo que su actuar se sujetó a lo dispuesto en la norma en cita y nada tuvo que ver con la decisión de traslado del promotor, por lo que solicita se tenga en cuenta lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 48 de la Constitución Política y el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P.

Por su parte, COLFONDOS S.A. en su alzada solicita se revoque la orden referente a la devolución de gastos de administración, ya que tales rubros se descuentan por disposición legal, y conforme lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, tienen una destinación específica como es garantizar la defensa judicial del fondo, la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia en virtud de los cuales el actor ha estado amparado ante tales contingencias, además se realizan inversiones que generan rendimientos que se depositan en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, la cual es superior a la que se generaría en COLPENSIONES, por lo que tal condena conlleva a un enriquecimiento injustificado de esa entidad, más si se tiene en cuenta que tales montos no financian la pensión de vejez en el régimen de prima media, conceptos que al ser de tracto sucesivo se encuentran prescritos.

Por otra parte, sostuvo que tales recursos no están en su poder y en la etapa de fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estén en poder de terceros que no fueron vinculados al proceso, pues ello vulnera su derecho de defensa y contradicción, al paso de que dichas garantías también serían desconocidos a ese fondo. Finalmente, refiere que la condena por indexación quedó compensada con los rendimientos que se causaron a favor del gestor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación mediante el cual el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual el 18 de febrero de 2004 a COLFONDOS S.A., vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de abril de 2004, como se observa del reporte SIAFP (f. 3 y 8 archivo 21).

Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte practicado al demandante JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ LOZANO, indicó que estuvo afiliado al ISS de julio de 1986 a 1993, dejando de hacer aportes entre 1998 y 2003, ya que ingresó a estudiar a la universidad nacional ingeniería, vinculándose a COLFONDOS en 2004 en donde permanece actualmente, acotando que dicha afiliación se dio por cuanto el asesor del fondo arribó a su lugar de trabajo y mencionó en una charla grupal que duró aproximadamente diez minutos, que el futuro del ISS era incierto, siendo lo más aconsejable trasladarse a esa administradora, razón por la cual

procedió a suscribir el formulario de afiliación el cual contiene la información que él suministro.

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

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

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



Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2004, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales hace mención COLFONDOS en su impugnación, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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



rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

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

de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



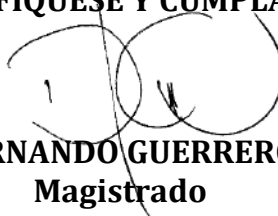
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

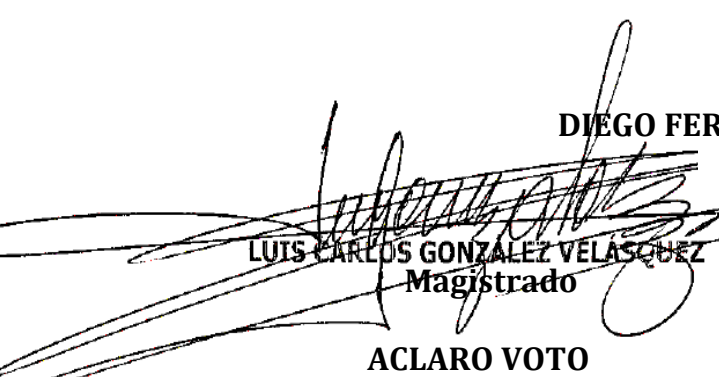
RESUELVE:

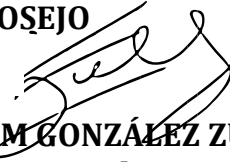
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

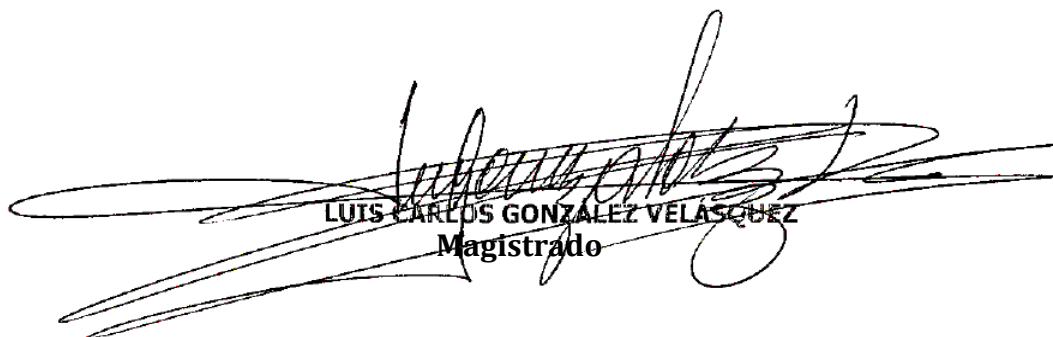
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 07 2022 00214 01 DE JOSÉ
MANUEL MARTÍNEZ LOZANO contra COLPENSIONES Y COLFONDOS
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **12 2020 00027 02**
Demandante: SANDRA BEATRIZ IBAGÓN PLAZAS
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 352.159 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora SANDRA BEATRIZ IBAGÓN PLAZAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que siempre ha permanecido afiliada en el régimen de prima media a través de COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, se ordene el traslado de los aportes que realizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, junto con sus rendimientos, frutos y el bono pensional, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 4 de diciembre de 1963, y que cotizó al régimen de prima media con prestación definida entre el 18 de junio de 1986 y el 30 de noviembre de 1997, alcanzado un total de 363 semanas. Igualmente, informó que se trasladó el 10 de septiembre de 1997 al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A., fondo en el que actualmente se encuentra vinculada y que sumados los tiempos cotizados en ambos regímenes acredita un total de 1.198 semanas en el sistema general de pensiones.

Agregó que la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad no fue informada, autónoma y consciente, dado que PORVENIR S.A. no le brindó una información completa, integral, veraz e imparcial sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional, so pena de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Añadió que el 28 de mayo de 2018, radicó derecho de petición ante dicha administradora, solicitando entre otros una proyección del valor de su mesada en ambos regímenes, ante lo cual se le informó que en el RAIS su mesada sería de \$1.680.800 y en el RPMPD ascendería a \$6.052.600, aplicando una tasa de remplazo del 58.93% sobre un IBL de \$10.258.766.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, solicitó copia de la información brindada por el fondo privado al momento del cambio de régimen, se declarara la nulidad o ineficacia del traslado del régimen y se ordenara el traslado de los aportes realizados en ese régimen al RPMPD, ante lo cual el fondo indicó que la información fue verbal.

Asimismo, relató que solicitó a COLPENSIONES la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, petición que fue negada por esa entidad, agotando así el presupuesto de reclamación administrativa. (f. 75 a 90 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente sobre las implicaciones de la suscripción del formulario mediante el cual se cambió de régimen y que la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, dejando sin sustento lo pretendido en el escrito de demanda, reiterando que fue válidamente afiliada a PORVENIR S.A. sin que se probara error, fuerza o dolo en la afiliación, por lo cual no procede la declaratoria de invalidez del traslado, ya que al ser taxativas las causales de nulidad es menester probarlas en el proceso.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (f. 99 a 107 archivo 01).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Por lo que ese acto jurídico se debe tener como válido. Así mismo, sostuvo que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen en el año 1997, conforme lo contenido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, informando sobre las características de ese régimen y las del régimen de prima media con prestación definida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 04)

Por autos de 24 de septiembre de 2020 y 12 de abril de 2021, se tuvo por contestada la demanda a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., además en este último proveído se dispuso, vincular a SKANDIA S.A. como litisconsorte necesaria. (f. 125 y 210 a 211 archivo 01).

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que no participó en el acto jurídico de traslado y que la afiliación a ese fondo se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, esto es, el 1º de mayo de 2009 al 30 de septiembre de 2011, conforme los postulados de buena fe, acto que es totalmente válido, por tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS, acotando que la gestora después de ese fondo regresó nuevamente a PORVENIR S.A.

Formuló como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (f. 1 a 17 archivo 05).

Además, SKANDIA S.A. llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pedimento que fue negado por el Juzgado de origen a través de auto de auto adiado el 16 de septiembre de 2022, decisión que fue confirmada por esta Corporación mediante proveído de 31 de enero de 2023. (archivos 05 y 06 y archivo 06 carpeta 02SegundaInstancia)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por la señora SANDRA BEATRIZ IBAGON PLAZAS identificada con C.C. No. 51.749.051 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 10 de septiembre de 1997 junto con las afiliaciones efectuadas posteriormente a SKANDIA el 3 de marzo de 2009 y nuevamente a PORVENIR el 12 de septiembre de 2011, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora SANDRA BEATRIZ IBAGON PLAZAS al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SANDRA BEATRIZ IBAGON PLAZAS tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la demandante, durante el tiempo que permaneció afiliada a estas, en el caso de PORVENIR por la afiliación inicial además de lo expuesto en el ordinal anterior, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora SANDRA BEATRIZ IBAGON PLAZAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a su favor.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal refirió que estaba acreditado que la actora se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., concluyendo la *a-quo* que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, en el asunto de marras no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, declarando así la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, manifestó su inconformidad frente a la condena referente a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, arguyendo que tales conceptos no están llamados a financiar la pensión de vejez que le sería reconocida a la gestora, por lo que no afectaría el monto a liquidar por parte de COLPENSIONES; adicionalmente, expuso que dichos rubros son descontados por mandato legal y los mismos cumplieron su finalidad, precisando que los gastos de administración produjeron unos rendimientos en beneficio de la actora y en cuanto a los seguros previsionales refirió que están destinados al amparo de la promotora frente a las contingencias de invalidez o

sobrevivencia, aclarando que ese 3% también hubiese sido descontado en el régimen de prima media.

Además, indicó que esas sumas no fueron pedidas en la demanda y no fueron discutidos en el trámite procesal, por lo que, de confirmarse tal condena, solicita sean compensados los rendimientos, con los gastos de administración y los seguros previsionales indexados, ya que se están reconociendo rendimientos superiores a los aportado, por ende, solicita se revoque tan condena.

SKANDIA S.A. solicita se revoque la condena por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, ya que los mismos fueron descontados conforme lo normado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por tanto, era su obligación descontar tales emolumento, ya que los gastos de administración redundan en rendimientos a favor de la afiliada, y los seguros previsionales fueron utilizados para cubrir la prima de invalidez y sobrevivencia, montos cubiertos por las aseguradoras contratadas para tal fin, de modo que, en el caso de marras se deben aplicar las restituciones mutuas, por ende, solicita se revoque tal condena.

COLPENSIONES en su alzada adujo que la Juez de instancia no tuvo en cuenta que, para el momento del traslado en el año 1997, la aceptación del afiliado de trasladarse se manifestaba a través del formulario de afiliación, lo cual se cumplió a plenitud, fecha para la cual no estaba vigente la obligación de la doble asesoría, por lo que no es dable solicitar requisitos diferentes a los vigentes para la época, pues ello vulnera el principio de confianza legítima.

Aunado a que es un tercero que no participó en el acto jurídico de traslado por lo que no se puede ver afectado con la decisión de instancia, enfatizando que no se pueden imponer cargas imposibles de cumplir, pues ello de paso afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo que se acompasa con la prohibición legal de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003, por lo que solicita se revoquen las condenas impuestas en su contra y se condicione la sentencia mediante una obligación de hacer, ya que no podrá dar cumplimiento a las órdenes impartidas hasta tanto no le sean trasladados todos los rubros objeto de condena y se actualice la información en la base de

datos, también solicita no sea condenada en costas al ser tercero que no intervino en el acto de traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 10 de septiembre de 1997, asimismo, obran los formularios mediante los cuales se trasladó a SKANDIA S.A. el 13 de marzo de 2003 y a PORVENIR S.A. el 12 de agosto de 2012, con el que retornó al fondo primigenio; vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de noviembre de 1997, 1º de mayo de 2009 y el 1º de octubre de 2011, según el reporte SIAFP que obra en el plenario (f. 49, 50 y 53 archivo 04 y f. 32 archivo 05)

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, la demandante señora SANDRA BEATRIZ IBAGÓN PLAZAS en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en septiembre de 1997

estando al servicio de Novartis le informaron que el ISS sería liquidado, por lo que el asesor de PORVENIR S.A. les aconsejó que se trasladaran a un fondo privado pues allí tendrían una rentabilidad, enfatizando que solo hasta el año 2009 se le explico en qué consistía ese beneficio, misma época en la que se trasladó a SKANDIA S.A. por cuanto el asesor le ofreció mejores rendimientos, otra de las bondades era que se podía pensionar de forma anticipada, que ellos trasladaban las semanas cotizadas en el I.S.S., y que sus beneficiarios obtendrían su pensión en caso de fallecer, acotando que mucho tiempo después conoció que la mesada en el fondo privado dependía del capital ahorrado y que decidió retornar a PORVENIR S.A. en tanto los asesores le indicaron que no habían diferencias con otros fondos.

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

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

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, sobre los cuales hace referencia PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. en su alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio y a la que se le resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación; luego, al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

haberse opuesto a las pretensiones de la demanda y resolverse de forma desfavorable la apelación que interpuso, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, expuso sobre el particular:

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo de permaneció en esos fondos, debidamente indexados. Por último, debe indicarse que no es posible condicionar el cumplimiento de la sentencia, en tanto se sobreentiende a razón de un orden lógico, que los fondos privados deben cumplir con lo de su cargo, y a continuación COLPENSIONES llevará a cabo las acciones que le corresponden conforme lo ordenado en la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontaron a la gestora en el tiempo de permaneció afiliada a esos fondos, rubros que deben reintegrar de forma indexada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

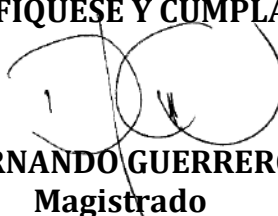
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor la parte actora, las

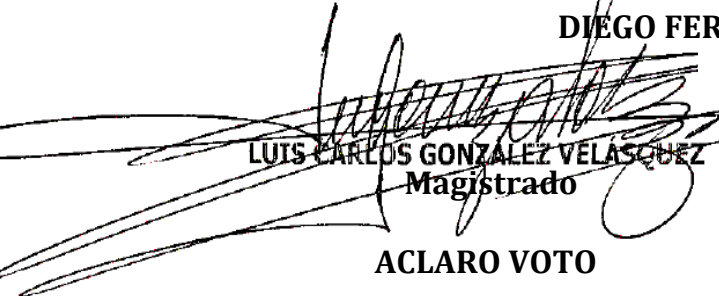


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12 2020 00027 02 DE SANDRA
BEATRIZ IBAGÓN PLAZAS contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **12 2021 00345 01**
Demandante: DIANA CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Demandado: OTEM S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DIANA CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad OTEM S.A.S., a fin que se declare que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo con vigencia desde el 27 de julio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2020, el cual se mantiene sin solución de continuidad en tanto no ha sido notificada de la ruptura del vínculo laboral.

En consecuencia, de manera principal pretende que se condene a la sociedad accionada a solucionar los salarios causados desde el 26 de marzo de 2021, así como las prestaciones sociales causadas y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria deprecia se declare que el contrato de trabajo finiquitó de forma unilateral y sin justa causa por la sociedad empleadora el 26 de marzo de 2021; y, en consecuencia, se la condene al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refiere que con la sociedad OTEM S.A.S., suscribió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor el 27 de julio de 2020, siendo remitida como trabajadora en misión a la empresa ABT ASSOCIATES INC - LHSS, a fin de desempeñarse como Coordinadora de Recursos Humanos COVID-19, devengando un salario mensual de \$6.000.000; refiere que el 25 de marzo de 2021 asistió a las instalaciones de OTEM S.A.S. a fin de entregar el puesto de trabajo y el 26 de marzo de 2021, la empleadora le entregó una carta de autorización de retiro de cesantías.

Que a la fecha de presentación de la demanda la pandemia COVID-19 sigue vigente; finalmente, que OTEM S.A.S. no ha entregado comunicación escrita



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

notificándole a la terminación del contrato de trabajo y no ha solucionado la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La parte demandada no contestó la demanda en el término legalmente concedido, por lo cual se tuvo por no contestada en auto del 8 de julio de 2022 (fls. 1 y 2 archivo digital 10AutoTieneNoContestadaFijaFecha.pdf)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de marzo de 2023, condenó a la demanda a solucionar la suma de \$24.000.000 a título de indemnización por despido sin justa causa, y absolvió de las restantes pretensiones.

Para tal efecto, estimó que el contrato de trabajo culminó el 21 de marzo de 2021, señalando para ello que se aportó la liquidación del contrato de trabajo en la cual se reporta tal fecha como el extremo final; además que el cargo fue contratado en virtud de la pandemia COVID-19, siendo comunicada la terminación del contrato de trabajo, lo cual además, fue aceptado por la demandante, quien aseveró que en inicio le informaron la terminación del contrato de trabajo en febrero de 2021 y posteriormente de manera verbal que lo sería en marzo de 2021; así las cosas, se demostró que fue contratada para desempeñarse como Coordinadora de Recursos COVID-19 en la empresa usuaria ABT, y no en las instalaciones de OTEM S.A.S., y además no se acreditó que haya prestado servicios personales con posterioridad a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la fecha referida, motivo por el cual absolvió del pago de acreencias laborales derivadas de la alegada continuidad del contrato de trabajo.

Frente a la pretensión subsidiaria de indemnización por despido sin justa causa refiere que OTEM S.A.S. le informó la terminación del contrato de trabajo el 26 de marzo de 2021, en razón de la culminación de la obra para la cual fue contratada, consagrando la cláusula segunda del contrato de trabajo, que la duración del contrato dependía de la culminación de la obra o labor contratada, lo cual se comunicará por escrito y de manera motivada por la empresa usuaria. De igual manera, que se acreditó que, si le fue notificada la terminación del contrato de trabajo y que se solicitó el trámite de terminación del contrato de trabajo, no obstante, no se cumplió el presupuesto de la cláusula segunda, en tanto no se aportó carta de la usuaria que determine la culminación de la obra o labor, debiendo la empleadora comunicar y motivar la decisión.

En ese orden de ideas, condenó al pago de la indemnización por despido injusto, la cual tasó en los salarios causados entre el 27 de marzo a 27 de julio de 2021, ello en tanto, al ser trabajadora en misión su vinculación no podía superar el término de 6 meses prorrogables.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que no se tasó en debida forma la indemnización por despido sin justa causa, ello en tanto la vigencia del contrato de trabajo dependía de la obra o labor contratada, la cual no está atada a la vigencia máxima del suministro de personal como trabajador en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

misión. Así las cosas, no se demostró que la obra o labor haya culminado, por ende, la indemnización debe liquidarse de manera indefinida hasta que se acredite tal hecho.

La parte demandada señaló que el contrato por obra o labor no muta a término fijo inferior a un año, sino que su duración depende de la labor exclusiva para la cual fue contratada la accionante, sin que ello implique que las actividades de la empresa deban culminar. De otra parte, de considerarse un despido ilegal, la indemnización no puede ser inferior a 15 días, más no de 4 meses como lo estimó la *a-quo*, quien adoptó de manera presunta que tendría duración máxima de un año, lapso que la ley lo regula para el contrato comercial entre las empresas.

Así las cosas, en los contratos por obra o labor no se exige formalidad para su finiquito, al no tratarse de un despido, acreditándose en el proceso que se comunicó a la trabajadora que el contrato terminaba, y que correspondió por la culminación de la obra contratada.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si la accionante tiene derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa; en caso afirmativo, determinar su cuantificación.

4.3 Contrato de trabajo:

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor, cuyos extremos laborales corresponden desde el 27 de julio de 2020 hasta el 26 de marzo de 2021, lo cual fue determinado por la *a-quo* y no fue objeto de reparo por las partes, más aún cuando por activa no se censuró la negación de las pretensiones principales fundamentadas en la vigencia del contrato de trabajo; aunado a lo anterior, se aportó al plenario el contrato individual de trabajo por obra o labor suscrito el 27 de junio de 2020 (fls. 1 a 4 archivo digital 02Pruebas.pdf), así como la liquidación definitiva del contrato de trabajo la cual refiere *“Fecha Inicio: 27 Julio 2020 Retiro: 26 marzo 2021”* (fl. 13 archivo digital 13DocumentacionRequeridaDespacho.pdf)

Determinado lo anterior, auscultará la Sala si el contrato de trabajo finiquitó por decisión unilateral de la sociedad empleadora y sin justa causa; o si, por el contrario, culminó por el cumplimiento de la obra o labor determinada.

4.4 Indemnización por despido sin justa causa:

Precisado lo anterior, y en punto del objeto de reproche de la parte demandada en su alzada, debe advertirse que en tratándose de la demostración de la terminación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

De otra parte, respecto de los contratos de trabajo por duración de la obra o labor la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1796-2023, Radicación No. 93620 del 25 de julio de 2023, señaló:

“El artículo 45 del CST dispone como una de las modalidades del contrato de trabajo, aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», en la que, lo que delimita su extensión temporal, es precisamente la consecución de un resultado.

La duración del nexo, pues, está sometida a la ejecución de determinadas actividades, y su límite puede fijarse hasta su final, o para el desarrollo de algunas etapas de dicha obra, pero en todo caso, esta debe ser precisa y clara, de tal manera que pueda ser identificada y constatada, so pena de comprender que realmente se trata de un vínculo de duración indefinida.

Esa necesidad del trabajo humano, delimitada temporalmente, permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, vínculo que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor específica, o hasta su finalización (CSJ SL2176-2017, reiterada en la SL2827-2020).

“De esa manera, el elemento distintivo o relevante del contrato de trabajo por obra o labor determinada, es precisamente que su vigencia está condicionada por la naturaleza del servicio que se contrata, esto es, este perdura mientras



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no finalice la obra convenida. Por tanto, su duración no depende de la voluntad del empleador, sino de la realización de la actividad, y por ello, se entiende que dicho contrato dura tanto como se requiera para cumplir con la labor determinada (CSJ SL 23 sep. 1998, rad. 10904, SL 6 mar. 2013, rad. 39050, SL3282-2019 y SL1052-2022).

[...]

“Con base en lo expuesto, concluye la Sala que el Tribunal no se equivocó al concluir que la obra para la cual fue contratado el demandante no había culminado para la fecha en que la empresa terminó la relación laboral de forma unilateral.

“Definido lo anterior, no advierte la Corte que el colegiado transgredió las disposiciones normativas que integran la proposición jurídica de los cargos al cuantificar la indemnización del artículo 64 del CST a razón de los días de salario comprendidos desde el despido hasta la fecha de la presentación de la demanda.

“La norma citada establece que, en los contratos de trabajo por duración de la obra, la indemnización por despido injusto corresponde al lapso determinado por la duración de la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

“En tal sentido, si el Tribunal encontró acreditado que a la fecha de la presentación de la demanda la obra aún no concluía, entonces no luce descabellado ni arbitrario que calculara la indemnización, por lo menos, a esa calenda, pues es incontrovertible que, hasta ese entonces, la construcción no llegaba a su fin. Fuerza concluir entonces, que la condena se ajustó a los cánones y límites del artículo 64 del CST, de modo que son infundados los reproches enderezados por la censura al respecto.

“Y si bien es el trabajador quien tiene la carga de probar la fecha de terminación de la obra, con miras a calcular la indemnización por despido injusto, también lo es que aquel manifestó en la demanda que la obra para la cual fue contratado no había finalizado cuando radicó su demanda, con lo cual hizo una negación indefinida que, al tenor del artículo 167 del CGP no requiere prueba. De suerte que era a la pasiva a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la que le correspondía acreditar en el juicio cuándo fue que aquella concluyó, cosa que no hizo.

En ese orden de ideas, debe señalarse en primera medida que la parte demandante tiene a su cargo el demostrar el hecho del despido, y, en ese mismo sentido, la parte demandada debe acreditar que la obra o labor contratada había fenecido; ello en tanto, tal como en el antecedente jurisprudencial esbozado, en el presente proceso se narró en el supuesto fáctico de la demanda, que la obra o labor para la cual fue contratada se encontraba vigente incluso hasta la fecha de presentación de la demanda.

Una vez determinado lo anterior, estima la Sala que por activa se acreditó la terminación del contrato de trabajo, ello en tanto la parte demanda al remitir las piezas documentales decretadas como prueba, aduce allegar la “*Carta de finalización del contrato que le envió mi representada a la actora informándole que la obra o labor ha finalizado en la empresa usuaria ABT ASSOCIATES INC – LHSS*” (fl. 4 archivo digital 13DocumentacionRequeridaDespacho.pdf); así mismo, la referida misiva señala (fl. 12 archivo digital 13DocumentacionRequeridaDespacho.pdf)):

*“Por medio de la presente nos permitimos formalizarte que Outsourcing y Temporales S.A.S., **da por terminado tu contrato de trabajo** a partir de la finalización de la jornada laboral del día 26/03/2021. **Esto es debido, a que la labor para la cual fuiste vinculado ha concluido.***

“Una vez sea tramitado el respectivo paz y salvo, ante la Empresa Usuaria a la cual estabas asignado, se le consignará, en un periodo prudencial, el valor correspondiente a su liquidación definitiva de prestaciones sociales en su cuenta de nómina.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la *a-quo* estimó que el despido se constituye en injustificado, en tanto la cláusula segunda del contrato de trabajo exigía como requisito para la terminación del mismo, la misiva de la empresa usuaria que determinara la culminación de la obra o labor, lo cual no fue acreditado por pasiva, decisión contra la cual enrostra su inconformidad la parte demandada, al señalar que el contrato no culminó por despido, sino de manera legal por la culminación de la obra, lo cual es, precisamente, lo aducido en la misiva antes transcrita.

En ese orden de ideas, y como previamente se expuso, es clara la jurisprudencia señalar que la parte demandada debe acreditar que, en efecto, la obra para la cual la trabajadora fue contratada, había culminado para el 26 de marzo de 2021.

Así las cosas, se debe referir en primera medida que, en la cláusula segunda del contrato de trabajo, tal como lo señaló la *a-quo*, se consagró:

*"2.1 La duración del presente contrato corresponderá al tiempo que la EMPRESA USUARIA requiera al trabajador para el cumplimiento de sus objetivos y/o realización de la obra o labor determinada y particular. **En consecuencia, el contrato finalizará cuando la EMPRESA USUARIA comunique de manera escrita y motivada al EMPLEADOR la finalización de la obra o labor particular y determinada.** Las partes entienden y aceptan que lo que cuenta es la realización de la obra o labor determinada particular, y termina sin que EL EMPLEADOR deba reconocer indemnización alguna. No obstante lo anterior, el presente contrato podrá ser renovado por el tiempo que EL EMPLEADOR estime conveniente con fines de alcanzar las metas propuestas o implementar la totalidad del trabajo.*

De otra parte, tal como se extrae del contrato de trabajo, la accionante fue contratada como "Coordinador de Recursos Humanos COVID-19", y fue enviada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como trabajadora en misión, tal como se corroboró en el interrogatorio de parte de la parte demandada, prestando así servicios a la sociedad ABT ASSOCIATES INC., lo cual se acredita con el contrato de suministro de trabajadores en misión aportado al plenario (fl. 35 a 47 archivo digital 13DocumentacionRequeridaDespacho.pdf).

Ahora bien, en dicho interrogatorio de parte la pasiva refiere que el contrato terminó por cuanto *“la motivación se hizo por solicitud de la empresa usuaria, la empresa usuaria nos comunica que la obra o labor para la cual había sido contratado la señora, había finalizado”*, lo cual se soportó en el correo electrónico allegado al plenario, el cual reporta como remitente la señora JENNY ANDREA SIERRA VARGAS, desde el área denominada *“Human Resources Asistant USAID Local Health System Sustainability Project – Comunidades Saludables Abt Associates”* (fls. 10 y 11 archivo digital 13DocumentacionRequeridaDespacho.pdf), siendo remitido el 26 de marzo de 2021 a la señora NATALIA ROMERO, del área *“Service Coordinator”* de la empresa demandada, en el cual se refiere:

“De acuerdo a nuestra conversación vía telefónica, le solicito de su amable colaboración con el respectivo trámite y gestionamiento de la finalización del contrato de Diana Carolina Rodríguez el cual se cierra el día de hoy 26 de marzo de 2021”.

Así las cosas, se advierte que se aportó el plenario el correo electrónico remitido por la usuaria ABT ASSOCIATES INC – LHSS, el cual señala que el contrato se *“cierra”* el 26 de marzo de 2021, no obstante, dicha situación no acredita en efecto que la labor de Coordinador de Recursos Humanos COVID-19 haya culminado, ello en tanto dicho aspecto no se refiere de manera expresa en el correo electrónico; no debe soslayarse que la cláusula segunda del contrato de trabajo, de manera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

expresa señala que el *“contrato finalizara cuando la EMPRESA USUARIA **comunique de manera escrita y motivada** al EMPLEADOR la finalización de la obra o labor particular y determinada”*, lo cual no se suple con el correo electrónico que refiere solo a un *“cierre”* del contrato de trabajo, sin especificar que ello se motive en la culminación de la labor para la cual fue contratada.

Así las cosas, la parte demandada no acreditó que en efecto la obra o labor contratada, esto es, la actividad desempeñada por la Coordinadora de Recursos Humanos COVID-19 en la empresa usuaria, haya finiquitado el 26 de marzo de 2021, carga probatoria que le correspondía, tal como se estableció en la sentencia CSJ SL1796-2023, por lo cual, a contrario de lo aducido por el recurrente, no se acreditó que el contrato finiquitó por causa legal, sino por una decisión que se constituye en injustificada, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

4.5 Monto de la indemnización:

El artículo 64 del C.S.T., señala frente a la indemnización por despido injustificado:

“ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

“En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

De otra parte, tal como se viene exponiendo, en el evento que la parte demandante afirme que la obra contratada no ha culminado, y por pasiva no se acredite lo pertinente, la indemnización es dable tasarla hasta la fecha de presentación de la demanda, sin que le haya asistido razón a la *a-quo* al estimar que la indemnización debía corresponder a la duración máxima de 6 meses prorrogables, ello en tanto en la multicitada sentencia CSJ SL1796-2023 se consideró que en aquellos eventos en que la parte pasiva no acredite que la obra o labor ha finiquitado, la indemnización es dable calcularla hasta la fecha de presentación de la demanda.

Así las cosas, se tiene que el contrato de trabajo finiquitó el 26 de marzo de 2021 y que la demanda se radicó el 30 de julio de 2021, lo cual corresponde a 125 días, y teniendo en cuenta que el salario ascendió a la suma de \$6.000.000, la indemnización corresponde a \$25.000.000, motivo que impele a modificar la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

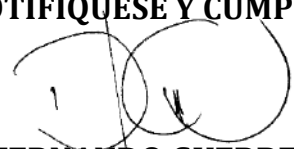
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad OTEM S.A.S. a pagar a la señora DIANA CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, la suma de \$25.000.000, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

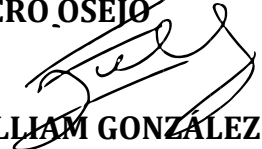
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

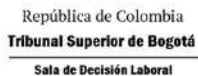
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



Ordinario Laboral	1100131050 12 2021 00575 01
Demandante:	SONIA ASTRID VILLEGAS VEGA
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

SENTENCIA:

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SONIA ASTRID VILLEGAS VEGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse que fue mal asesorada e informada por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. en los años 1995 y 1998, información no veraz que la llevó tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, lo que le ha generado una afectación a sus derechos pensionales y un detrimento a su patrimonio ya que no le advirtieron de las consecuencias que le acarrearía tal

decisión; igualmente solicita se declare que todos sus aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses deben retornar a COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes efectuados a ese régimen, junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos. Se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el régimen que administra y reciba sus aportes, y se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones indicó que, nació el 26 de abril de 1965 y que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a cargo de las entidades que lo administraban, en donde alcanzó un cúmulo de 400 semanas, trasladándose posteriormente de régimen por intermedio de PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, sin que fuera debidamente informada sobre las características de ese régimen pensional, ya que solo se le informó sobre algunas ventajas del fondo privado, pero no se le indicó lo concerniente a las incidencias pensionales negativas que ese nuevo régimen le generaría, como el derecho a tener una pensión digna y acorde con su salario. De otro lado, agregó que para el año 1998 se trasladó a COLFONDOS S.A., en donde continúa vinculada.

Seguidamente, narró que solicitó la proyección de la mesada, frente a lo cual de forma verbal le indicaron un valor muy inferior al que le correspondería en el régimen de prima media, siendo asaltada en su buena fe por parte de los fondos con la deficiente y engañosa asesoría pensional que se le dio al momento de su traslado y durante la permanencia en los mismos. Finalmente, sostuvo que el 3 de agosto de 2021 agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES. (f. 4 a 17 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, evidenciándose así, que ese fondo asesoró en su decisión de traslado a la gestora, luego, es completamente válida y ajustada a derecho la afiliación a ese régimen.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 15 archivo 07 y archivo 11).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas, desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación que suscribió.

Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (f. 3 a 24 archivo 08)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como de la

afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f. 3 a 32 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de julio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora SONIA ASTRID VILLEGAS VEGA identificada con C.C. No. 51.772.633 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. el 15 de junio de 1995, junto con la afiliación efectuada a COLFONDOS S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora SONIA ASTRID VILLEGAS VEGA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SONIA ASTRID VILLEGAS VEGA tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la demandante, durante el tiempo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

permaneció afiliada a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren COLFONDOS S.A., Y PROTECCIÓN S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora SONIA ASTRID VILLEGAS VEGA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal refirió que estaba acreditado en el plenario que se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. y posteriormente se trasladó a COLFONDOS, concluyendo la *a-quo* que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado primigenio, en el asunto de marras no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle a la actora al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse

con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, declarando así la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, manifestó su inconformidad frente a la condena relacionada con los gastos de administración, seguros previsionales, aportes a la garantía de pensión mínima y cualquier merma sufrida; arguyendo que tales sumas fueron descontadas por mandato legal y esa condena podría generar un enriquecimiento sin justa causa a la parte actora, aunado a que los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, establecen la forma como se deben cubrir las contingencias por invalidez y sobrevivencia, lo que incluye el pago de seguros previsionales, sucediendo lo mismo con los gastos de administración regulados en el artículo 104 *ejusdem*; además, la condena por indexación se encuentra compensada con los rendimientos obtenidos a favor de la gestora, por lo que solicita se le absuelva de tales condenas.

COLPENSIONES en su alzada adujo que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, demostrándose así que fue asesorada debidamente por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., siendo su afiliación a ese régimen completamente válida, por ende, no hay lugar a la ineficacia deprecada pues ello iría en detrimento del patrimonio de esa entidad; más aún si se tiene en cuenta que la accionante está incurso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Además, la condena de instancia genera un desequilibrio económico al sistema general de pensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 15 de junio de 1995, como tampoco la afiliación por medio de la cual se trasladó a COLFONDOS S.A.; sin embargo, del reporte SIAFP que obra en el plenario se advierte que el traslado al primer fondo se dio el 15 de junio de 1995 y al segundo lo fue el 21 de abril de 1998. (f. 46 archivo 09).

Pese a lo anterior, no sobra advertir que bastante ha dicho la jurisprudencia frente a los formularios, que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante señora SONIA ASTRID VILLEGAS VEGA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su vinculación con PROTECCIÓN S.A. fue producto de una charla grupal que ofrecieron los asesores de ese fondo en el sitio donde prestaba sus servicios en el año 1997, quienes les indicaron que se podía pensionar de forma anticipada pero no le explicaron las características del régimen, aclarando que esa reunión duro aproximadamente treinta minutos y que el asesor se encargó de diligenciar el formulario de vinculación.

Relató que su traslado a COLFONDOS S.A. se dio por cuanto la empresa para la cual ingresó a laborar era accionista de ese fondo, motivo por el cual se afilió a esa administradora de forma libre y voluntaria, pero no recuerda si había un asesor del fondo, y además seguía pensando que se podía pensionar de forma anticipada. Añadió que era consciente que se estaba trasladando de régimen, sin embargo, en el año 2011 intentó retornar a COLPENSIONES, ante lo cual le informaron de la prohibición en atención a la edad, indicando que su motivación para regresar es de orden económico por la diferencia que recibiría en su mesada.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo de permaneció en esos fondos, rubros que deben ser indexados al momento del pago. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 10 de julio de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontaron a la gestora en el tiempo de permaneció afiliada a esos fondos, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000,



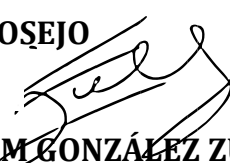
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a cargo de cada una y a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

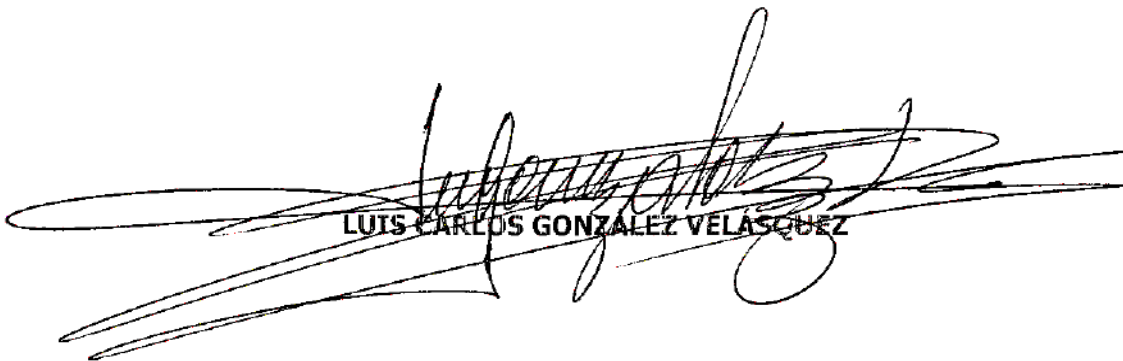
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12 2021 00575 01 DE SONIA
ASTRID VILLEGAS VEGA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y
COLFONDOS S.A.**

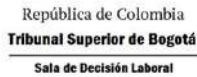
Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a COLFONDOS S.A. retorne a COLPENSIONES, todas las cotizaciones que efectuó en ese régimen, junto con el bono pensional, las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra sin solución de continuidad, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 10 de septiembre de 1958, y que desde 1980 hasta 1982 estuvo afiliado a CAJANAL, posteriormente de 1984 a 1997 a la CAJA DE LA POLICIA NACIONAL y de 1997 a 1998 al ISS, alcanzado así 803 semanas cotizadas al RPMPD.

Adujo que en junio de 1998 los asesores de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., visitaron la empresa donde laboraba ofreciendo beneficios superiores a los que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida al momento de pensionarse, sin indicarle los requisitos que debía acreditar, sin realizar una proyección de su mesada ni informarle de las inversiones que realizaría con su capital y los riesgos que ello conlleva; además no se efectuó un comparativo de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, motivo por el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad. Misma situación que acaeció en el año 2000 cuando se trasladó a COLFONDOS S.A.

De otro lado, señaló que en el año 2022 solicitó a las encartadas la ineficacia de su traslado de régimen y su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue denegado. Por último, adujo que según proyección pensional su mesada en COLPENSIONES ascendería a \$3.531.748, aclarando que aún no se encuentra pensionado. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que brindó al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las

implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas, desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación que suscribió.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 05)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PROTECCIÓN S.A., se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, evidenciándose así, que ese fondo asesoró en su decisión de traslado al gestor, luego, es completamente válida y ajustada a derecho la afiliación a ese régimen.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 13 archivo 06).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a COLFONDOS S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP'S convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f. 3 a 32 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de julio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por el señor ALFONSO ERASMO PRIETO DÍAZ identificado con C.C. No. 258.784 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 5 DE JUNIO DE 1998 junto con la afiliación efectuada posteriormente a COLFONDOS el 21 de febrero de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor ALFONSO ERASMO PRIETO DÍAZ al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ALFONSO ERASMO PRIETO DÍAZ tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al demandante, durante el tiempo que permaneció afiliado a COLMENA, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor ALFONSO ERASMO PRIETO DÍAZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a su favor.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal refirió que estaba acreditado en el plenario que se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA, concluyendo la *a-quo* que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, en el asunto de marras COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, declarando así la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva,

declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, manifestó su inconformidad frente a la condena relacionada con los gastos de administración, arguyendo que según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 del 2003, le es posible a las administradoras del régimen privado descontar el porcentaje correspondiente de los aportes de los afiliados, para cubrir los gastos en que incurren en la administración y protección de los aportes de éstos.

Gastos de administración entre los cuales se encuentran incluidos los seguros previsionales, que pactan a través de contratos que se realizan con terceros de buena fe a los que paga unas pólizas con el fin de cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia de los afiliados, ante las cuales ha estado protegido el actor desde el inicio de su afiliación a ese fondo. Adicionalmente, refirió que a razón de los gastos de administración ha podido llevar a cabo una buena gestión que ha generado unos rendimientos financieros a la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que se acompasa con lo indicado en el artículo 100 y 101 de la Ley 100 de 1993; luego, se está aplicando indebidamente las restituciones mutuas, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia en tal sentido.

COLPENSIONES en su alzada adujo que ha actuado de buena fe en razón a que sus decisiones se han ajustado a derecho, más si se tiene en cuenta que el accionante está incurso en la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Además, ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, sin que le sea dable reconocer este tipo de derechos pensionales, que vulneran el concepto constitucional de equidad consagrado en el artículo 95 *ejusdem* y el principio de eficiencia pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a

consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 5 de junio de 1998, vinculación que se hizo efectiva el 6 de junio de 1998, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. A su vez, obra afiliación del gestor a COLFONDOS S.A. el 31 de enero de 2000, la cual se hizo efectiva el 1º de marzo de 2000, según comunicación que dirigiera ese fondo al promotor. (f. 56 a 61 archivo 01 y f. 41 y 43 archivo 08).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el demandante señor ALFONSO ERASMO PRIETO DIAZ en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que su vinculación con PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA se dio a través de su empleador le manifestó que lo había afiliado a pensiones, procediendo a firmar el formulario en blanco de forma voluntaria, precisando que no tuvo contacto con un asesor del fondo, misma situación que ocurrió con su afiliación a COLFONDOS, pues su afiliación se dio a través de un contratista, agregando que desea retornar a COLPENSIONES a fin de acceder a una pensión digna.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a las demandadas COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de

pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo de permaneció en esos fondos, debidamente indexados. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 25 de julio de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a las demandadas COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontaron a la gestora en el tiempo de permaneció afiliada a esos fondos, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12 2022 00225 01 DE ALFONSO ERASMO PRIETO DIAZ contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

Ordinario Laboral 1100131050 **12 2022 00250 01**
Demandante: HECTOR DELGAR VARGAS RODRIGUEZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HECTOR DELGAR VARGAS RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida hoy a cargo de COLPENSIONES, hacía el régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A., junto con la posterior afiliación a COLFONDOS S.A., asimismo, se declare que siempre ha estado válidamente afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., a devolver al régimen de prima media con prestación definida todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, esto es, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración. Además, se condene a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones que trasladen los fondos privados, los incorpore en su historia laboral y condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones indicó que, fue trasladado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A. el 1º de agosto de 1999, agregando que pese a que suscribió contrato de traslado a ese régimen, se omitió la obligación del buen consejo por parte del mismo al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y consecuencias que le conllevaría el traslado.

A su vez expuso que se afilio a COLFONDOS S.A. el 1º de agosto de 2002 y que en 2022 solicitó a COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR, información de su pensión y la aceptación de posible traslado, pedimentos este último que fue denegado por el fondo público. (f. 5 a 8 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, precisando que el traslado al régimen de ahorro individual del actor se efectuó a través de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. en 1994 y que posteriormente traslado horizontalmente a COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., el 14 de febrero de 2000, ello después de recibir información transparente y necesaria, que le permitiera compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media y así tomar la mejor decisión para intereses pensionales, lo que se demuestra con el formulario de afiliación a ese fondo. Adicionalmente, refirió que le garantizó el derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Por ende, no se dan los presupuestos contemplados en el artículo 271

de la Ley 100 de 1993, para declarar la ineficacia deprecada, a lo que se suma que el gestor está inmerso en la prohibición de traslado.

Como excepciones previas propuso las de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario frente a PROTECCIÓN S.A., ante lo cual dijo el Juzgado de origen en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se abstenía de pronunciarse al respecto, ya que había integrado a ese fondo a la litis mediante auto de 10 de marzo de 2023.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 2 a 25 archivo 06)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que de las pruebas aportadas se podía determinar que los asesores de PORVENIR y COLFONDOS, le manifestaron al demandante de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía el mismo, ante lo cual manifestó conocerlas y comprenderlas, al suscribir de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación aportados como pruebas al presente proceso.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 11 archivo 07).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que brindó al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas, desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación que suscribió.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (f. 2 a 15 archivo 08)

Por auto de 10 de marzo de 2023, el Juzgado de origen dispuso integrar a la litis a PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA. (archivo 09)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, argumentando que la actora esta válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (f. 3 a 20 archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor HECTOR DELGAR VARGAS RODRIGUEZ identificado con C.C. No. 79.152.012 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de agosto de 1995 junto con las afiliaciones efectuadas posteriormente a COLPATRIA hoy PORVENIR el 14 de febrero del 2000 y a COLFONDOS el 4

de junio de 2002, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor HECTOR DELGAR VARGAS RODRIGUEZ al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HECTOR DELGAR VARGAS RODRIGUEZ tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al demandante, durante el tiempo que permaneció afiliado a COLPATRIA Y COLMENA respectivamente, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor HÉCTOR DELGAR VARGAS RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a su favor."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia

del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal refirió que estaba acreditado en el plenario que se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y posteriormente se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., concluyendo la *a-quo* que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado primigenio, en el asunto de marras no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, declarando así la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, sostuvo que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto conforme lo señalado por la jurisprudencia, de modo tal, que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, mismo rubro que se descuenta en el régimen de prima media y no financia la pensión de vejez, siendo además objeto de prescripción, sucediendo lo mismo con los seguros previsionales, por lo que solo es posible devolver las cotizaciones y los rendimientos, sin la indexación ya que tales rubros, se compensan con los rendimientos.

COLFONDOS S.A. en su impugnación manifestó su inconformidad frente a la condena relacionada con la totalidad de los gastos de administración, seguros previsionales, como las mermas en el capital administrado; arguyendo que fueron descontados por mandato legal y generó unos rendimientos a favor del actor, por lo que se debe aplicar la teoría de las restituciones mutuas, sin que se

pueda olvidar que los rendimientos generados en el RAIS son superiores a los que hubiese podría generar en el RPMPD. Asimismo, solicita no se ordene la indexación de tales conceptos ya que este rubro se compensa con los rendimiento obtenidos a favor del gestor, por lo que solicita se le absuelva de tales condenas.

COLPENSIONES en su alzada adujo que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual se demuestra con el formulario de afiliación, por ende, tal deber ser valorado conforme la normativa vigente para el momento de traslado, sin que sea posible imponer cargas excesivas a los fondos demandados pues ello deslegitima el principio de confianza legítima, y al ser un tercero que no intervino en el acto jurídico que se controvierte, no puede verse afectada con alguna decisión al respecto, pues ello de paso vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional; más si se tiene en cuenta que el accionante está incurso en la prohibición legal de traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre

y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las

operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMEMNA hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de agosto de 1995, a COLPATRIA el 14 de febrero de 2000, y a COLFONDOS el 6 de junio de 2002, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de septiembre de 1995, 1º de abril de 2000 y el 1º de agosto de 2002. (f. 72 archivo 06, f. 16 y 28 archivo 08, f. 22 archivo 10, f.).

Formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el demandante HECTOR DELGAR VARGAS RODRIGUEZ en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que su vinculación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. se dio por cuanto un asesor de ese fondo, al igual que la persona que laboraba en el área de Recursos Humanos en la empresa donde laboraba, le indicó que el ISS atravesaba una difícil situación económica y que la mejor opción era que se afiliaran al fondo privado ya que allí obtendría una mesada pensional igual o mejor a la del ISS, sin leer en detalle el formulario de afiliación. Sostuvo que su motivación para trasladarse de régimen alude a que el valor de la pensión en el régimen de ahorro individual sería inferior, contrario a lo que le dijeron en inicio. Sobre su traslado a COLPATRIA dijo no recordar como se dio, pero que el asesor le dijo que su pensión sería mejor, misma situación que sucedió con COLFONDOS pues consideró que podía proteger más sus recursos.

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

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

refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo en que permaneció en esos fondos, rubros que deben ser indexados al momento del pago.

Por último, debe indicarse que no es posible condicionar el cumplimiento de la sentencia como lo solicita COLPENSIONES en la alzada, en tanto se sobreentiende a razón de un orden lógico, que los fondos privados deben cumplir con lo de su cargo, y a continuación COLPENSIONES llevará a cabo las acciones que le corresponden conforme lo ordenado en la sentencia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontaron a la gestora en el tiempo de permaneció afiliada a esos fondos, debidamente indexados, conforme lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

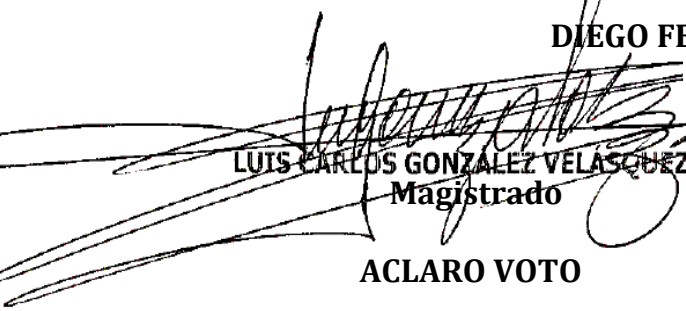
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

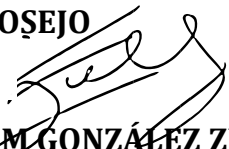
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

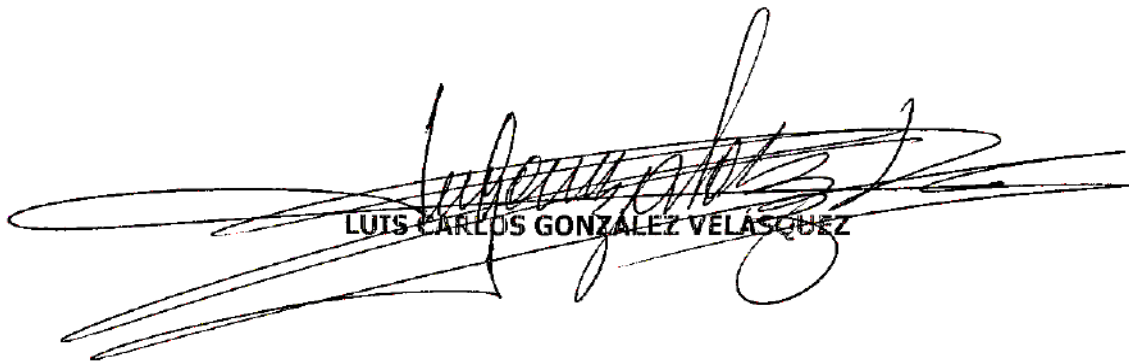
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12 2022 00250 01 DE HECTOR DELGAR VARGAS RODRIGUEZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 14 2016 00656 01

Demandantes: LUIS ALFREDO FANDIÑO QUITIÁN, LIDIA MERCEDES
URREGO GONZÁLEZ y DANNA VALENTINA FANDIPO
URREGO

Demandados: HILAT S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, GUSTAVO REYES
SILVA (liquidador) y solidariamente IGALN JINICH
RAFALIN, MYRIAM FLOR DRESZER DE KASSIN, ZEEV
JINICH RAFALIN, VICTORIA KASSIN DRESZER,
LILIANA KASSIN DRESZER y FARIDA KASSIN
DRESZER

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 1º de febrero de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALFREDO FANDIÑO QUITIÁN, su cónyuge LIDIA MERCEDES URREGO GONZÁLEZ e hija DANNA VALENTINA FANDIPO URREGO, formularon demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad HILAT S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, vinculando posteriormente como demandado al señor GUSTAVO REYES SILVA, como Liquidador, y solidariamente contra IGALN JINICH RAFALIN, MYRIAM FLOR DRESZER DE KASSIN, ZEEV JINICH RAFALIN, VICTORIA KASSIN DRESZER, LILIANA KASSIN DRESZER y FARIDA KASSIN DRESZER LADY DIANA CALDERON CARDENAS, en calidad de socios, a fin que se declare que existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual se dio por terminado de manera unilateral e ilegal por la empleadora, al no obtener permiso del Ministerio de Trabajo, en virtud de ser beneficiario de una estabilidad laboral reforzada.

En consecuencia, se condene a la parte demandada al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; así como al reintegro con el correspondiente pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, la indemnización plena de perjuicios, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones se refiere que el 8 de junio de 1995 entre el señor LUIS ALFREDO FANDIÑO QUITIÁN y la sociedad HILAT S.A.S EN LIQUIDACIÓN, se suscribió un contrato de trabajo a término fijo, el cual se renovó hasta el 29 de abril de 2015; que ejecutó el cargo de forma personal en las instalaciones de la entidad demandada, específicamente en los salones “Jacarade” y “Doby”, acotando que durante varios años no se entregaron elementos de protección auditiva; que tras prestar el servicio por espacio de nueve (9) años, el 13 de diciembre de 2004, fue diagnosticado con hipoacusia moderada severa bilateral; el 24 de abril de 2008 se realiza examen ocupacional el cual evidencia que estaba expuesto al factor de riesgo de ruido excesivo, y para el año 2010 se practica examen ocupacional periódico, el que indica que debe usar elementos de protección auditiva en zona de más de 85dB, no obstante la empleadora no realizó los ajustes necesarios frente al riesgo existente.

Que la ARL SURA emitió un informe de resultado estudio de factor de riesgo ruido, el cual evidencia que estuvo durante doce (12) años en exposición a niveles de 94.2 dB (A) y 96.1 dB (A) en jornada laboral continua sin descansos; así como que en el área “Doby” prestó sus servicios desde el junio de 2012 hasta la fecha en la que dieron por terminado el contrato de trabajo, estando expuesto a 86.9 dB en igual sentido, el 10 de mayo de 2013 se emite dictamen por la EPS, especificando exposición a factores de riesgo durante 18 años, existiendo así



relación de causalidad, ante lo cual se procedió a notificar a la ARL SURA y a la empleadora la calificación de origen el 15 de julio de 2013.

Refiere que el empleador siendo conocedor de la situación de debilidad manifiesta, sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo, decidió de forma unilateral terminar el contrato de trabajo el 29 de abril del 2015. De igual manera, el despido operó en el marco de una reunión en la cual se citó a 250 trabajadores, quienes fueron presionados para suscribir una supuesta renuncia, para posteriormente presentarse ante el comité de conciliación y acordar un retiro voluntario.

Que se emitió dictamen por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 25 de octubre de 2016, estableciendo un porcentaje de PCL del 31.60%; finalmente, que tanto el trabajador como su núcleo familiar, sufrieron perjuicios materiales e inmateriales, por lo cual se deben resarcir a título de lucro cesante, daño moral y daño a la vida de relación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los demandados en solidaridad, IGALN JINICH RAFALIN, MYRIAM FLOR DRESZER DE KASSIN, ZEEV JINICH RAFALIN, VICTORIA KASSIN DRESZER, LILIANA KASSIN DRESZER y FARIDA KASSIN DRESZER, dentro del término legalmente concedido, contestaron la demanda en similares términos, señalando no les constan los hechos de la demanda, en tanto no tuvieron injerencia en el desarrollo del contrato de trabajo. Por ende, desconocen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

completamente lo relacionado con la relación laboral que supuestamente existió entre el actor y la sociedad HILAT S.A.S. EN LIQUIDACIÓN. Finalmente, que conocieron del ofrecimiento del plan de retiro voluntario y la diligencia realizada ante el Ministerio de Trabajo, la cual tuvo por objeto la formalización de la aceptación del mismo.

Proponen y sustentan como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva y las de mérito denominadas inexistencia de las obligaciones, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la genérica.

El señor GUSTAVO REYES SILVA, Liquidador de la sociedad HILAT S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, contestó la demanda señalando que el actor prestó el servicio entre el 8 de junio de 1995 y el 30 de abril de 2015, desempeñándose como Mecánico de Turno, y si bien por sus conocimientos en telares pasaba tiempo en los salones “Jacarade” y “Doby”, no fue esa su labor exclusiva. De igual manera, que se entregó la dotación y elementos de protección, suministrando protectores auditivos de inserción referencias 1100, 1290 y 1291 marca 3M.

Que la sociedad tenía por objeto actividades del sector textil, atravesando durante muchos años una difícil situación financiera, por lo que el 30 de abril de 2015 le presentó al accionante la posibilidad de un retiro por mutuo acuerdo, para lo cual le ofreció una bonificación por valor de \$23.523.720, lo cual fue aceptado de manera voluntaria, sin que ninguno de los trabajadores haya sido forzado a firmar.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso y sustentó la excepción previa de cosa juzgada, y las de mérito de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, cosa juzgada, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de febrero de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para tal efecto, señalo que no existe discusión en cuanto a la existencia y extremos laborales del contrato de trabajo; así mismo que, mediante conciliación ante el Ministerio del Trabajo, se acordó un retiro voluntario. Determinado lo anterior, refirió que los demandantes no asistieron a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., no obstante, los demandados tampoco asistieron a absolver interrogatorio de parte. De otra parte, que no se advirtió prueba alguna que acredite que medió coacción a efectos de suscribir la renuncia ni la conciliación, más aún cuando no comparecieron los testigos que se habían decretado, de tal manera, que no se advierte un vicio del consentimiento.

Así las cosas, concluyó que la renuncia o retiro voluntario, no se constituyó en realidad en un despido discriminatorio por la condición de salud del actor, motivo por el cual no accedió a ninguna de las pretensiones de la demanda. Finalmente, frente a este aspecto estimó que no se configura la excepción de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cosa juzgada, en tanto el presente proceso se encaminaba a decretar la nulidad del acuerdo conciliatorio, así como a dirimir la estabilidad laboral reforzada y al pago de perjuicios.

En lo atinente a la culpa patronal estimó que se acreditó que el actor padece de hipoacusia bilateral, así como que, en revisión técnica, se establece que los niveles de ruido superaban los permitidos y que el origen de la patología es profesional, la cual se dictaminó en el 31.60%. No obstante, la empleadora acreditó haber adquirido elementos protectores frente al riesgo de ruido, los cuales fueron entregados y se acreditó que si protegen ruidos de 85 dB. De otra parte, que el salón “Jacarade” ostentaba unos niveles superiores al salón “Doby”, al cual fue trasladado el actor, por ende no se advierte una negligencia de la empleadora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que se encuentra acreditado que el trabajador se encontraba en una condición de debilidad manifiesta, por lo cual no es de recibo estimar que *motu proprio* haya renunciado o suscrito voluntariamente una conciliación, en tanto no es dable concluir que ostentando una PCL del 31.60%, decidiera libremente el quedar sin sustento.

De otra parte, que, tras la supuesta conciliación, la accionada, mediante una tercera sociedad, vinculó al actor durante un año para desinstalar los telares, lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cual demuestra la necesidad de la prestación del servicio, situaciones que acreditan los vicios del consentimiento. Aunado a ello, las documentales acreditan la pérdida auditiva, sin que los tapones proporcionados, sean los indicados para evitar el riesgo.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si el accionante tiene derecho al reintegro en virtud de haber sido despedido contraviniendo lo regulado en la Ley 361 de 1997; de otra parte, si tiene derecho a la indemnización plena de perjuicios.

4.3 Contrato de trabajo:

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes, cuyos extremos laborales corresponden al 8 de junio de 1995 y el 29 de abril de 2015, lo cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

además se corrobora con el contrato de trabajo apartado con la contestación de la demanda (fls. 40 y 41 del archivo digital 02MemorialContestación 27052021.pdf), así como del otro sí del 15 de septiembre de 1997, mediante el cual se pactó a término fino de un año (fl. 42 del archivo digital 02MemorialContestación 27052021.pdf). De igual manera, milita la liquidación del contrato de trabajo, aduciendo un mutuo acuerdo (fl. 290 del archivo digital 02MemorialContestación 27052021.pdf)

4.4 Estabilidad Laboral Reforzada:

Una vez determinado lo anterior, se tiene que el primer grupo de pretensiones, se relacionan con el reintegro y pago de acreencias laborales dejadas de percibir, aduciendo que fue objeto de despido, desconociendo que ostentaba una condición de discapacidad que lo tornaba beneficiario de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, normativa que regula:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023, recoge los criterios que había esbozado a efectos de establecer los criterios para determinar si el trabajador ostenta la condición de discapacidad, señalando:

“De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

“(i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.

“(ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

“En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

“[...]

“Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“[...]

“Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

“Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador.

“[...]

“En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

“b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

“c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

“[...]

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

- (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;*
- (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y*
- (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.*

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3488-2022 Radicación No. 85639, del 4 de octubre de 2022, entre otras, ha referido que la estabilidad laboral reforzada ampara al trabajador de ser despedido, más no frente a eventos de terminación por mutuo acuerdo, por ende, en tal situación, se deben acreditar plenamente vicios del consentimiento a efectos de estimar como ineficaz la manifestación de voluntad del trabajador. Sobre el particular, en la citada providencia, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Sobre este tópico es oportuno precisar que la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no opera para los casos de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, sino para los eventos en los cuales el empleador toma la decisión de dar por finalizada unilateralmente la relación laboral por razón de la discapacidad del trabajador.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que la parte recurrente, a efectos de sustentar la alzada frente a este puntual aspecto, señaló que la coacción como vicio del consentimiento, se desprende de la condición de discapacidad por la que atravesaba al ostentar una PCL del 31.60%, lo cual implica estimar que no es viable que haya adoptado la decisión de perder su sustento económico, así mismo por una contratación con una tercera sociedad durante un año a efectos de desinstalar los telares, lo cual demuestra la necesidad de la prestación del servicio.

Ahora bien, a juicio de la Sala tales consideraciones en manera alguna acreditan el vicio del consentimiento, ello en tanto la discapacidad alegada no redundaba en una disminución de la voluntad y raciocinio del actor, quien pese a ostentar hipoacusia bilateral, tenía a su pleno alcance el decidir libremente el aceptar o no la fórmula de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, así como el no comparecer o no suscribir un acuerdo conciliatorio ante el Ministerio del Trabajo.

De otra parte, la nueva contratación aducida, se constituye en un hecho posterior a la suscripción del acuerdo conciliatorio, y tampoco es un hecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indiciador de la coacción alegada. No debe soslayarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la citada sentencia SL3488-2022, señaló:

“En lo que respecta a esta materia [...] simultáneamente alude a que la demandada indujo en error a la trabajadora a la hora de suscribir la conciliación, al igual que predica el engaño por no haberle suministrado al juez que aprobó dicha diligencia, la información acerca de la situación de salud que aquella padecía, ubicándose así en el terreno de los vicios del consentimiento, que de darse, generarían la nulidad del acuerdo.

“En este punto es preciso recordar que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal y como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corte, se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, en principio, es inmutable, siempre y cuando sea aprobada por autoridad competente, su objeto y causa sean lícitos y, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador; así se enseñó en la decisión CSJ SL410-2020 [...]

“Esos requisitos que la jurisprudencia ha señalado como presupuestos de validez de la conciliación, fue los que precisamente analizó y halló probados el Tribunal al referir que la correspondiente acta se suscribió ante autoridad competente, en ella consta que el contrato de trabajo culminó por mutuo acuerdo entre las partes, versó sobre derechos inciertos y discutibles incluida la «indemnización por retiro, eventual acción de reintegro de cualquier naturaleza o clase»; que su contenido revela que las garantías mínimas del trabajador no fueron objeto de acuerdo, y que el accionante «ni siquiera alegó en la demanda que el acuerdo conciliatorio se hubiere celebrado bajo circunstancias que dieran lugar a vicios del consentimiento», pues se limitó a señalar que la misma versó sobre derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

“[...]

“El colegiado, como se recuerda, adujo que como la conciliación fue fruto de la aceptación de la trabajadora respecto de una oferta hecha por la empleadora, que tenía la posibilidad de rechazar, como la tuvo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

comunicar al juez que aprobó la conciliación, de su situación de salud, sin que así lo hiciera, dicha diligencia resultaba plenamente válida.

Pues bien, esa argumentación sobre la validez y efectos vinculantes de la conciliación suscrita entre la demandante y la convocada se mantienen incólume, no solo porque la recurrente dejó de atacarla suficientemente, sino porque en efecto, jurídicamente no puede afirmarse que cuando el empresario ofrece una determinada suma de dinero a cambio de que se estructure la finalización del vínculo, se configure una presión que genere el error del trabajador, como lo alega la censura o coacción o violencia sobre aquel.

De tal manera, se advierte que en el presente proceso se acreditó que el contrato de trabajo finiquitó por renuncia, según lo pactado en acuerdo conciliatorio ante autoridad competente, según acta del Ministerio de Trabajo del 29 de abril de 2015 (fls. 291 y 292 del archivo digital 02MemorialContestación 27052021.pdf), la cual refiere:

“El (la) compareciente trabajó para la Empresa HILAT S.A.S, mediante contrato de trabajo entre el 10 de junio de 1995 al 29 de Abril de 2015, fecha en la cual terminó su vinculación laboral por RENUNCIA PRESENTADA POR PARTE DEL TRABAJADOR, lo cual se ratifica expresamente dentro de esta diligencia”.

De otra parte, no se demostraron por activa vicios en el consentimiento respecto de la suscripción del acuerdo conciliatorio, sin que la PCL implicara que no tuviese el trabajador a su alcance el no presentar la carta de renuncia o no ratificarla ante el Ministerio del Trabajo, sin que exista, además, prueba alguna que acredite que la voluntad del demandante fuera cercenada, motivo por el cual al no haberse aportado los medios de convicción que permitiesen



declarar una ineficacia del acuerdo conciliatorio, no es dable estimar que el contrato de trabajo culminó por decisión unilateral e injusta del empleador a efectos de activar la presunción del despido discriminatorio, lo cual conduce a confirmar la decisión de primer grado e este aspecto.

4.5 Culpa Patronal:

De conformidad con el artículo 216 del C.S. del T., *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”*, por lo tanto, le corresponde al accionante demostrar el advenimiento de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo, así como el daño proveniente del mismo, la culpa del empleador en su ocurrencia y el nexo de causalidad.

Ahora bien, es preciso acotar que el máximo órgano de cierre sobre este punto, en sentencia del 6 de mayo de 2015, SL16792-2015, radicado 45750, precisó:

“La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-, surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva -por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL» a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii) otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador», por la que se le impone la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T...



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"[...] la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] esta sí derivada de la "culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional", que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia..."

"...En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquel [...]"

De igual manera, esa Corporación en sentencia del 30 de junio de 2005, Radicación No. 22.656 estimó:

"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador.

"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios.

"De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

“La abstención en el cumplimiento de la ‘diligencia y cuidado’ debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

“No puede olvidarse, además, que ‘la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo’, tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil ”.

Una vez determinado lo anterior se tiene que la culpa patronal aducida por la parte demandante, se extrae del supuesto fáctico, de una presunta omisión en la entrega de elementos de protección frente al riesgo de ruido excesivo, frente a lo cual la *a-quo* estimó que el empleador si acató con dicha obligación al entregar tapones de seguridad auditiva, así como por haber reubicado al actor en un salón de telares con menos exposición, denominada “Doby”.

La parte recurrente aduce por su parte que las documentales acreditan la pérdida auditiva, sin que los tapones proporcionados, sean los indicados para evitar el riesgo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, no se advierte discusión frente al daño alegado en la demanda, mismo que además se extrae del dictamen de PCL emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls. 98-94 del archivo digital 01ExpedientePrincipalDelFolio 01A537.pdf), el cual concluye que el accionante padece una PCL del 31.60%, con un diagnóstico de hipoacusia neurosensorial bilateral de origen laboral. En igual sentido, la recurrente no desconoce la entrega de tapones, señalando únicamente que los mismos no era suficientes para proteger al trabajador frente al riesgo.

Al respecto debe referirse que se aportó la descripción técnica de los tapones, señalando que *“brindan una efectiva e higiénica protección a los trabajadores que se desempeñan en áreas donde los niveles de ruido superan los 85 dB(A) por jornada de 8 hrs.”* (fl. 200 del archivo digital 02MemorialContestación 27052021.pdf), y, a *contrario sensu*, no se allega por la parte demandante, ningún medio de convicción que permita establecer la insuficiencia alegada del equipo de protección.

De otra parte, en el estudio realizado por la ARL SURA, se da cuenta de la utilización de elementos de protección, así como que los niveles de decibeles desde el año 2012 correspondía a 86,9dB, siendo este un rango que, según la descripción de los tapones, era protegido por el elemento de seguridad, el cual se reitera, brinda efectiva protección a los trabajadores que se desempeñan en áreas donde los niveles de ruido superan los 85 dB(A) y por jornada de 8 horas. En efecto, el informe del 29 de agosto de 2012 (fls. 25-31 del archivo digital 01ExpedientePrincipalDelFolio 01A537.pdf), refiere:

“OBSERVACIONES DEL PUESTO DE TRABAJO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

- *El cargo de mecánico de turno es el responsable del apropiado y continuo funcionamiento de las máquinas telares de su área. Para esto realiza permanentemente tareas de mantenimiento preventivo y correctivo. También participa en el alistamiento de la máquina para cada ciclo de producción.*
- *Cada zona de trabajo está ubicada en un área amplia con construcción tipo bodega, techo alto con teja en asbesto-cemento y mampostería en ladrillo. En cada área de telares, JACARADE y DOBY, hay 24 máquinas telares.*
- *El ruido es de tipo continuo, se mantiene en el tiempo y tiene mínima variabilidad en su intensidad. Como el trabajador no sale del área durante el turno su exposición también es continuo. Los trabajadores utilizan doble protección auditiva, protector auditivo de inserción más protector auditiva de copa.*

“[...]

“CONCLUSION

- *La evaluación con dosimetría de ruido se realiza en las áreas y cargo donde el señor Luis Alfredo Fandiño ha estado desempeñando su trabajo hasta la fecha.*
- *En las cuatro (4) dosimetrías realizadas se registró exposición a ruido con un valor promedio superior a los 85 dB(A), y con porcentaje de dosis superior al 100% del valor límite permisible establecido por la Legislación Colombiana (85 dB(A), para 8 horas de exposición).*

De dicha prueba técnica, se logra advertir que los decibeles a los cuales se encontraba expuesto el actor eran en promedio de 86,9dB durante el turno de trabajo que para los Mecánicos de Turno era de 8 horas; así mismo que dicho nivel de ruido supera el permisible según la Resolución No. 1792 de 1990, de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, únicamente en el nivel de



decibeles, mas no en tiempo de exposición en tanto, se reitera, se establecieron tunos de 8 horas.

Pese a lo anterior, no se acreditó por activa que la patología haya devenido por culpa patronal, derivada de una omisión en la dotación de elementos de protección, en tanto: (i) se acreditó el suministro de tapones que protegían niveles superiores a los 85dB, y (ii) no se aportó por activa prueba alguna que demostrara que no existió la entrega de elementos de protección ni que los tapones resultaren insuficientes.

Debe acotarse que el incumplir el nivel de decibeles no implica *per se* acreditar la culpa patronal, pues dicha conducta si bien puede implicar actuaciones administrativas por las autoridades competentes, no permite concluir que los elementos de seguridad eran insuficientes para proteger niveles superiores a 85dB, más aún cuando se extrae además del informe de la ARL, que los trabajadores tenían doble protección auditiva.

Así las cosas, estima la Sala que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad, en tanto la parte demandante no cumplió con el *onus probandi* que le correspondía, esto es, demostrar el supuesto fáctico en el cual soportaba la culpa patronal, y más precisamente, lo alegado en el recurso de alzada, esto es, que los tapones auditivos eran insuficientes. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

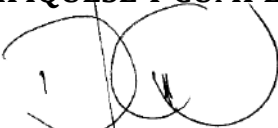
En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de febrero de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2019 00326 02**
Demandante: GLORIA ESPERANZA BERRIO MORENO
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SKANDIA
 PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO CÁSQEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.536.323 y T.P. 217.803 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora GLORIA ESPERANZA BERRIO MORENO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A., y la posterior afiliación a SKANDIA S.A.

Consecuencialmente, pretende se condene a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES, todas las sumas que obren en su cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos y demás sumas a que haya lugar. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a recibir tales sumas, active su afiliación en esa administradora y actualice su historia laboral teniendo en cuenta las cotizaciones que realizó en el RAIS a través de los fondos privados convocados a juicio. A su vez, se condene a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez desde que reunió los requisitos de ley, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y la indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 26 de enero de 1960, y efectuó aportes al régimen de prima media por medio del ISS, a través de diferentes aportantes desde abril de 1984 hasta noviembre de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de OLD MUTUAL en septiembre de 1995, después de que asesores de ese fondo lo abordaran para que se trasladara de régimen bajo la promesa de ser más seguro que el ISS el cual sería liquidado, además le indicaron que se podía pensionar de manera anticipada; empero, no le informaron las consecuencias que le acarrearía trasladarse de régimen y además no le efectuaron una proyección pensional, misma situación que se repitió en agosto de 2008 cuando se trasladó a COLFONDOS S.A.

Agregó que a la edad de 54 años indagó sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente y con los montos esperados, lo cual no era posible como le informaron, por lo que intentó retornar a COLPENSIONES sin que le fuera posible por estar a menos de diez años de la edad de pensión, siendo evidente

el vicio en su consentimiento en que le hizo incurrir el fondo privado. Motivo por el cual solicitó a las encartadas la anulación de vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y su traslado a COLPENSIONES, pedimento que fue negado, además, enfatizó que a la presentación de la demanda cuenta con más de 59 años y 1333 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, y que en su historia laboral no se han incluido más de 200 semanas por parte del empleador GUSTAVO SANTOLLO. (f. 116 a 122 y 127 a 131 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones invocadas por la demandante, aduciendo que le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen le implicaría, además le informó sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, lo atinente al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en el régimen que administra. Igualmente, le dio a conocer sobre la opción de retracto, lo que consta en el formulario de afiliación que suscribió.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (archivo 03)

SKANDIA S.A., se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Al respecto, adujo que, al momento de afiliarse con PENSIONAR en 1995 era una persona plenamente capaz de tomar sus propias decisiones y estaba jurídicamente legitimada para adquirir obligaciones contractuales, además aceptó todas y cada una de las condiciones propias del RAIS, conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, además la asesoría que suministró fue de acuerdo a la normatividad vigente para la fecha de su vinculación a ese fondo, lo que se resume en su deseo de pertenecer a ese régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como excepciones las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (f. 1 a 20 archivo 04).

COLPENSIONES al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la gestora se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde que suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Asimismo, señaló que no puede dejarse de lado que al momento de efectuarse la afiliación al RAIS, no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas en la ley vigente para la época en que efectuó traslado de régimen pensional y por ende su traslado es válido, en tanto la suscripción del formulario denota la aceptación de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Impetró las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 1 a 30 archivo denominado *J.14 2019-326 GLORIA ESPERANZA BERRIO MORENO* de la carpeta 02)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por auto adiado el 22 de junio de 2022 se le dio por contestada la demanda a las accionadas y se admitió el llamamiento en garantía que efectuó SKANDIA S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (f. 223 archivo 01 y archivo 05)

En esa medida, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda indicando que no se oponía ni allanaba a las pretensiones del libelo demandatorio, dado que se enfilan en contra de COLFONDOS, sin embargo, dijo presumir que el acto de traslado se sujetó a las normas vigentes para la época del traslado.

Como excepciones frente a la demanda propuso las que nombró como; las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de *“autonomía de la voluntad”*, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a SKANDIA; y reconocimiento oficioso de excepciones.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, en concreto frente a la devolución de las primas pagadas en virtud del contrato de Seguro Previsional existente entre SKANDIA y MAPFRE, ya que el objeto de este previsional está regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, de modo que, en caso de producirse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Como excepciones de mérito formuló las de inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA S.A.; frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA carece de amparo o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE; no se encuentra obligada en caso de una sentencia condenatoria contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las

pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA y por lo mismo no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 1 a 20 archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora GLORIA ESPERANZA BERRIO MORENO, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO. CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben retornarse debidamente indexadas a COLPENSIONES. Debiendo SKANDIA S.A., reintegrar a COLPENSIONES los valores que cobró a título de cuotas de administración y pensiones, mientras permaneció allí afiliada la demandante.

TERCERO. - ABSTENERSE de reconocer la pensión de vejez a la demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO. - CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandada y CONDENAR EN COSTAS del llamamiento de garantía a la llamante AFP SKANDIA S.A., en favor de la aseguradora llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA S.A.”

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia comenzó por precisar que según la jurisprudencia el presente asunto debía resolverse bajo el régimen de las ineficacias y no de las nulidades como lo solicita la parte actora; igualmente, señaló que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencias SL 4811 de 2020 y SL 557 de 2021, entre otras, ha enfatizado que se genera la ineficacia del traslado ante la falta al deber



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de información por parte de los fondos de pensiones, con antelación al acto de traslado, lo que no se suple con la suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo ese documento da cuenta de un consentimiento libre de vicios, pero no informado; deber que ya existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, coligió que dentro del asunto de marras no se logró acreditar por parte de la AFP una debida asesoría y buen consejo al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, la misma no confesó situación alguna respecto de la debida asesoría deprecada por las demandadas, por lo que declaró la ineficacia del traslado, incluidos el traslado horizontal realizado ante COLFONDOS S.A.

Por consiguiente, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar con destino de COLPENSIONES todos los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados y que deben asumir de sus propias utilidades, como quiera que el acto jurídico de traslado fue ineficaz, por tanto esos rubros deben ingresar al régimen de prima media con prestación definida como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obligación que recae en igual sentido sobre las AFP de donde se produjo la migración de régimen sobre el tiempo de permanencia en ese fondo, esto es SKANDIA.

Negó lo atinente a la pensión de vejez, ya que la demandante aún no parece afiliada a COLPENSIONES, y además no elevó reclamación en tal sentido ante esa entidad. Sobre el llamamiento en garantía sostuvo que MAPFRE no fue participe de las omisiones que dieron lugar a la declaratorio de ineficacia y además no es posible imponer la prima de seguro que se agotó en el tiempo, absolviéndola de las pretensiones del llamamiento en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló, solicitando se revoque parcialmente la orden impartida en la sentencia de primer grado frente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales indexados. Sobre el asunto señaló que la adopción ha señalado que le corresponde al Juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a la restituciones mutuas y buena fe por parte de ese fondo, teniendo en cuenta que administró la cuenta de ahorro individual de la actora de manera diligente.

En cuanto a los seguros previsionales sostuvo que no los administra, ya que se dirigen directamente a la aseguradora mediante un contrato de aseguramiento. Por tanto, solicita se revoque tal condena, empero, si en gracia y discusión considera que se deben retornar, no se condene a la indexación toda vez que cualquier pérdida del poder adquisitivo o corrección monetaria se compensa con los rendimientos que se causaron.

COLFONDOS S.A. en su impugnación solicita se revoque la sentencia de instancia, aduciendo que cumplió con el deber de información, más aún cuando la demandante es una persona que contaba con la capacidad de analizar los argumentos que le indicó el asesor del fondo a fin de determinar si le convenía trasladarse, por lo que no es válido que después de estar varios años afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, al evidenciar que no cumplió con el objetivo de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación que fue legal.

Deber de información que solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por ende, no se le puede imponer que demuestre circunstancias que no le eran exigibles su momento. Adicionalmente, refirió que capacita a sus asesores sobre las características del RAIS a los posibles afiliados según la particularidad de cada caso y el formulario de afiliación se ajusta a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de modo que, cumplió las exigencias de ley y la demandante no hizo uso del derecho de retracto.

COLPENSIONES en su alzada señala que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, ya que no acreditó que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declarar la ineficacia del traslado, dado que nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS, por lo que no le queda otro camino que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos en ese régimen. Además, los afiliados del sistema general de pensiones tienen la obligación de emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como la afiliación, el traslado de administradora o régimen, y las implicaciones legales de su decisión, costos, restricciones y demás consecuencias.

Por último, refirió que no comparte la condena en costas ya que nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP, así las cosas, solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación mediante el cual se trasladó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. el 17 de agosto de 1995, a su vez, se advierte que posteriormente se trasladó de forma horizontal a COLFONDOS S.A. el 11 de junio de 2008, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de septiembre de 1995 y el 1º de agosto de 2008, respectivamente, según se colige del reporte SIAFP y de la comunicación que dirigió COLFONDOS a la apoderada de la actora el 17 de abril de 2019. (f. 114 a 115 archivo 01 y f. 37 y 57 archivo 04).

Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la aquí demandante GLORIA ESPERANZA BERRIO MORENO en el interrogatorio de parte a ella practicado, mencionó que los asesores de COLFONDOS se presentaron en su lugar de trabajo y realizaron una charla con la anuencia de la persona encargada de recursos humanos, los cuales les dijeron que se podía pensionar con mejores ventajas que en COLPENSIONES, pero no le hicieron una entrevista personal. Seguidamente, precisó que los asesores estaban adscritos a SKANDIA y que le manifestaron que se podía pensionar de forma anticipada y con un monto superior al del COLPENSIONES, por lo que procedió a suscribir el formulario de afiliación el cual ya estaba diligenciado, acotando que su vinculación con COLFONDOS se dio en similares circunstancias, y que ya a los 57 años se dio cuenta que los beneficios de que le habían ofrecido no eran así.

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

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

refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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



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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuesta en primera instancia, se debe indicar que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio y a la que se le resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación; luego, al haberse opuesto a las pretensiones de la demanda y resolverse de forma desfavorable la apelación que interpuso, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

Sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, expuso:

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de primer grado, sin embargo, y para mayor claridad se adicionará la sentencia de instancia, en el sentido de condenar a SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, lo correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, conceptos que debe indexar al momento de su pago. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia emitida el 25 de agosto de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, lo correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, conceptos que debe indexar al momento de su pago por las razones anteriormente referidas.

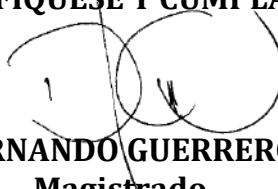
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

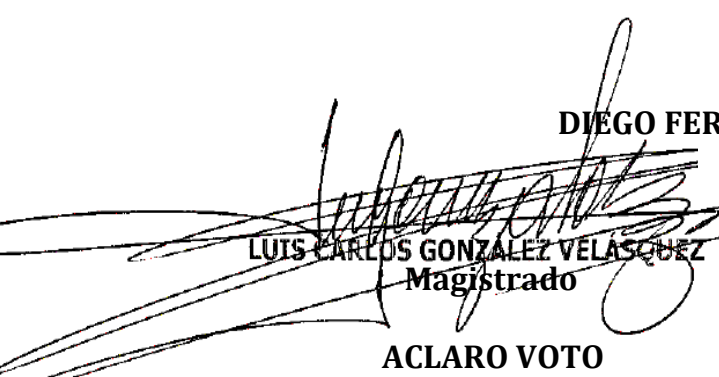


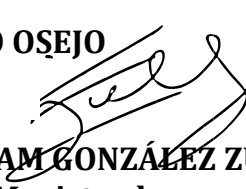
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrente COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

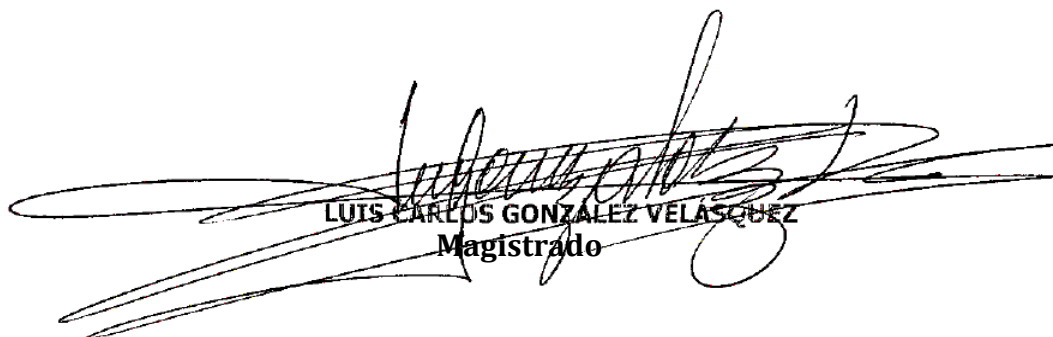
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 14 2019 00326 02 DE GLORIA
ESPERANZA BERRIO MORENO contra COLPENSIONES, COLFONDOS
S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2021 00194 01**
Demandante: YOLANDA STELIA VELÁSQUEZ RAMOS
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.536.323 y T.P. 217.803 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandado, en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YOLANDA STELIA VELÁSQUEZ RAMOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de que

se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por presentarse vicios en el consentimiento al haber sido víctima de engaños por parte de la referida COLFONDOS S.A., como quiera que no efectuó una asesoría de acuerdo con la realidad de su situación pensional y valiéndose de informaciones falsas y engaños.

Asimismo, se declare que tiene derecho a permanecer afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, última quien debe administrar sus aportes y decidir sobre su derecho pensional, así como que COLFONDOS S.A. debe trasladar la contingencia correspondiente junto con los rendimientos y todos los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual.

Por consiguiente, se condene a COLFONDOS S.A. trasladar con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenándosele a su vez a COLPENSIONES a recibir los mismos y actualizar su historia laboral, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 4 de febrero de 1969, afiliándose al Régimen de Prima con Prestación Definida el 26 de noviembre de 1991.

Que el funcionario de la época al momento de su traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no dio información real y completa sobre el mismo, puesto que se le manifestó que el ISS se acabaría, pero sin que se le asesorara acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, no se le asesoró sobre las características propias del régimen privado, entre otros factores de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, indicando para lo pertinente que la demandante

cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscribió formulario de afiliación de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario de afiliación por intermedio de COLFONDOS S.A.

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

COLFONDOS S.A. refirió en su contestación que la información suministrada a la demandante fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, así como que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación y una vez la misma fuera solicitada, se calcula a partir de tres variables: La edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión; el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él; y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto del acto de traslado que hizo la demandante señora YOLANDA STELIA VELÁSQUEZ RAMOS, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., donde se encuentre actualmente afiliada la demandante, trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, sumas debidamente indexadas.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR en costas de la acción a las partes demandadas. Tásense.”

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia comenzó por precisar que según la jurisprudencia el presente asunto debía resolverse bajo el régimen de las ineficacias; igualmente, señaló que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencias SL 4811 de 2020, SL 557 de 2021, SL 757 de 2022, entre otras, ha enfatizado que se genera la ineficacia del traslado ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones, con antelación al acto de traslado, lo que no se suple con la suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo ese documento da cuenta de un consentimiento libre de vicios, pero no informado; deber que ya existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, coligió que dentro del asunto de marras no se logró acreditar por parte de la AFP una debida asesoría y buen consejo al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, la misma no confesó situación alguna respecto de la debida asesoría deprecada por las demandadas, por lo que declaró la ineficacia del traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguidamente, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar con destino de COLPENSIONES todos los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados y que deben asumir de sus propias utilidades, como quiera que el acto jurídico de traslado fue ineficaz, por tanto esos rubros deben ingresar al régimen de prima media con prestación definida como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obligación que recae en igual sentido sobre las AFP de donde se produjo la migración de régimen sobre el tiempo de permanencia en ese fondo, esto es COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que no resulta procedente la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

Lo anterior, como quiera que los gastos de administración corresponden a descuentos originados por disposición legal, más aún si tienen una destinación específica, lo que a su vez generan unos rendimientos financieros con ocasión de la buena gestión realizado, máxime si de remitirse dichas contingencias con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se estaría generando un doble pago.

Finalmente, alegó no resultar procedente la indexación, máxime si tal figura no fue pretendida en la demanda.

COLPENSIONES refirió que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, así como que, dentro de las oportunidades legales, la demandante no efectuó gestión alguna de traslado.

Que no debe desconocerse el cumplimiento con que cuentan los afiliados dentro del sistema general de pensiones, como el emplear la adecuada

atención al momento de efectuar el traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En últimas solicita no se le condene en costas procesales por cuanto no tuvo injerencia en el traslado de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante ante la AFP COLFONDOS S.A. el 28 de octubre de 1999 (Fl. 23 – PDF 03 ANEXOS DEMANDA), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la aquí demandante señora YOLANDA STELIA VELÁSQUEZ RAMOS en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1999 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera

fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

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

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

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



Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales sobre los cuales hace alusión CONFONDOS S.A. en su alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuesta en primera instancia, se debe indicar que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio y a la que se le resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación; luego, al haberse opuesto a las pretensiones de la demanda y resolverse de forma desfavorable la apelación que interpuso, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

Sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, expuso:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de primer grado, sin embargo, y para mayor claridad se adicionará la sentencia de instancia, en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, lo correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, conceptos que debe indexar al momento de su pago.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

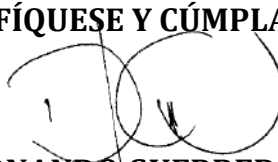
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, lo correspondiente a aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, conceptos que debe indexar al momento de su pago por las razones anteriormente referidas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

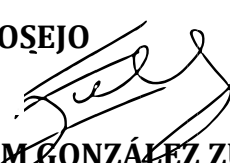
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

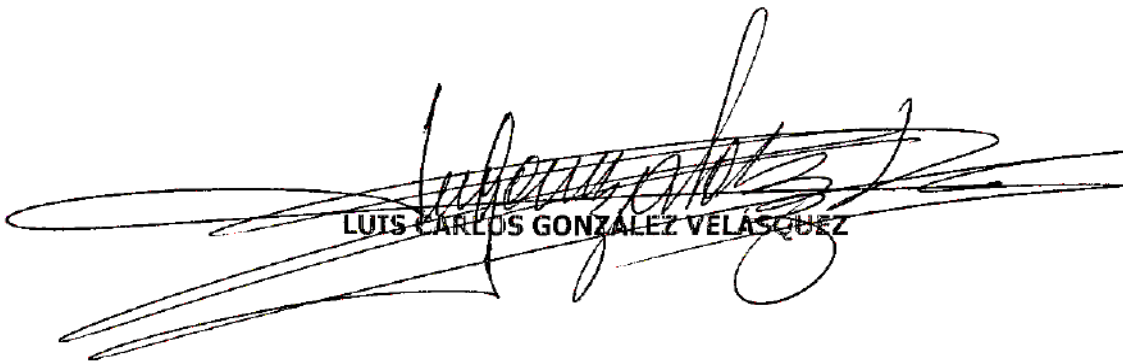
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 14 2021 00194 01 DE YOLANDA
STELIA VELÁSQUEZ RAMOS contra COLPENSIONES y COLFONDOS
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

Ordinario Laboral 1100131050 15 2020 00384 02
Demandante: MARÍA ANA GUEVARA LÓPEZ
Demandado: BANCO DE BOGOTÁ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA ANA GUEVARA LÓPEZ promovió demanda ordinaria en contra del BANCO DE BOGOTÁ, a fin de declararse que la entidad financiera encartada finalizó su contrato de trabajo vulnerando el fuero de salud que la cobijaba, actuando así de mala fe.

Por consiguiente, se condene a la demandada a solucionar la indemnización de 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con los salarios desde la fecha del finiquito laboral hasta el reintegro efectivo y pagos de aportes al sistema de seguridad social sobre el mismo interregno.



Asimismo, se condene al BANCO DE BOGOTÁ el pago de perjuicios morales por valor de \$50.000.000, la indemnización dispuesta en el artículo 65 del C.S.T. desde el 6 de junio de 2018, la indemnización del artículo 64 de la misma disposición normativa y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que ingresó a laborar al servicio del BANCO DE BOGOTÁ en el año 2004 a través de contrato a término indefinido, con la finalidad de desempeñar el cargo de Analista de Desarrollo Tecnológico, devengando una asignación salarial de \$2.945.400.

Que en el mes de marzo de 2010, sufrió un accidente automovilístico, por lo que en la actualidad padece de Disección Carotidea Izquierda Postraumática con Hemiparesia Secular por ECV Isquémico, diagnóstico realizado por el médico JORGE ARANA CARVALHO.

Seguidamente, relató que el 17 de agosto de 2017 la demandada la despidió sin justa causa, sin importar que al ser una persona con disminución física contaba con fuero de estabilidad laboral reforzada o fuero de salud, sin que fuese solicitado permiso ante el MINISTERIO DEL TRABAJO para llevar a cabo el finiquito laboral.

Que el 18 de enero de 2018 mediante sentencia proferida por el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá dentro de la acción constitucional de tutela con radicación No. 2017-01743, se ordenó su reintegro, el cual se efectivizó por la demandada el 1º de febrero de 2018, así como que el 13 de febrero de 2018, el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá declaró la nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá, solicitando la vinculación de COLPENSIONES.



Que con posterioridad, el 5 de marzo de 2018 el Juzgado Treinta Civil Municipal declaró por hecho superado el amparo de la acción constitucional por cuanto la entidad financiera ya la había reintegrado, lo que conllevó a que el BANCO DE BOGOTÁ terminara nuevamente su relación laboral el 5 de junio de 2018.

Por último, arguyó que el 25 de enero de 2019 COLPENSIONES emitió acto administrativo por medio del cual le reconoció pensión de invalidez, lo que advierte más aún el fuero de salud con el que contaba.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El BANCO DE BOGOTÁ contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que si bien entre las partes existió una relación como da cuenta el correspondiente contrato de trabajo, el mismo se suscribió el 4 de marzo de 2002 bajo la modalidad de indefinido, con la finalidad de desempeñar el cargo de Analista, adicional al hecho que, para el momento de la finalización del vínculo contractual, la demandante no contaba con calificación de pérdida de capacidad laboral alguna, ni se encontraba incapacitada, máxime si el finiquito sucedió con ocasión del proceso de reestructuración y no por los supuestos padecimientos de salud de la actora.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, de la terminación del contrato de trabajo de la demandante, no se cumplen los presupuestos para que haya lugar a la protección por estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, falta de título y causa, inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin justa causa, mala fe de la demandante, pago, cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, buena fe, compensación y la genérica.



En la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. adelantada por el Juzgado *a-quo* el 8 de junio de 2022, quedó establecido que el litigio se adelantaría única y exclusivamente a auscultar si con ocasión al fuero de salud deprecado por la actora era procedente el reconocimiento y pago de la indemnización de los 180 días regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de salarios desde el finiquito laboral hasta la fecha en que se profiera sentencia, aportes a la seguridad social por el mismo interregno, perjuicios morales por la suma de \$50.000.000, así como las indemnizaciones dispuestas en los artículos 64 y 65 del C.S.T., sin que fuese analizado el reintegro expuesto en el *petitum*, decisión que luego de ser objeto de apelación, fue confirmada por este Tribunal en proveído calendado el 31 de agosto de 2022.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de febrero de 2023 absolvió el extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, inicialmente indicó que en lo que respecta al contrato de trabajo, el mismo se celebró entre las partes bajo la modalidad de indefinido a partir del 4 de marzo de 2002 desempeñó el cargo de Analista, siendo su último salario el de \$2.495.400, vínculo contractual que finalizó el 17 de agosto de 2017.

De otro lado, continuó su análisis en lo que concierne a si la demandante al momento del finiquito laboral se encontraba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada de conformidad con lo estatuido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de lo que coligió que teniendo en cuenta lo adocetrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación ha determinado que debe constituirse (i) una limitación moderada que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15%

y el 25%, severa mayor al 25% pero inferior al 50% y, profunda cuando el grado de minusvalía supere el 50%, (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud y, (iii) que termine la relación laboral por razón de su limitación física sin previa autorización del MINISTERIO DEL TRABAJO, así como que estos grados de discapacidad pueden determinarse por intermedio de otros medios probatorios distintos al dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Que en tal sentido, conforme al material probatorio obrante en el plenario, no yace prueba de documental alguna que de fe sobre la situación de salud alegada por la demandante, en la medida que en el transcurrir del proceso el mismo extremo accionante desistió sobre lo pertinente, específicamente lo concerniente a incapacidades, adicional a que ni si quiera acreditó a través de prueba testimonial tal aspecto.

Por el contrario, la misma demandante en su interrogatorio de parte confesó que padecía una situación de salud, de allí que estuviese incapacitada entre los años 2010 y 2011, aceptando que para el mes de octubre de 2016 tuvo un mes de incapacidades, pero sin que la empleadora tuviese conocimiento de una calificación de pérdida de capacidad laboral, y sin que existieran recomendaciones laborales cuando finalizó el vínculo contractual.

Adicionalmente, argumentó el *a-quo* que, si bien COLPENSIONES le efectuó calificación de pérdida de capacidad a la actora el 23 de enero de 2019, donde le fue determinada una pérdida porcentual el 30 de diciembre de 2017, esto es, con posterioridad al retiro de la demandante, consideró que no se configuró la estabilidad laboral deprecada.

De otra parte, sostuvo que no era procedente el reconocimiento y pago de salarios desde el finiquito laboral hasta la fecha en que se profiera sentencia y aportes a la seguridad por el mismo interregno, ya que resulta ilógico estos



pagos en la medida de que desde la terminación del contrato de trabajo no existió prestación personal del servicio.

Frente a la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T., adujo que yace prueba de que fue cancelada al momento de finalizado el vínculo contractual, absolviendo sobre este aspecto.

En lo que atañe a la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 de la misma disposición normativa, indicó que tampoco hay cabida ya que obra prueba de que a la actora al momento de la terminación de su contrato se le cancelaron sus acreencias laborales.

Por último, en cuanto al pago de los perjuicios perseguidos, señaló el fallador de instancia que la actora no probó tal situación, máxime si la ley prevé el artículo 64 del C.S.T. como la suplección de algún perjuicio.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que le asiste derecho a que la empresa demandada le reconozca la protección de sus acreencias laborales, bajo el entendido que no se puede tener como única prueba el dictamen de pérdida de capacidad laboral, por cuanto para ello existe la carga probatoria en evidenciar que a la terminación de la relación laboral existía un grado severo teniendo en cuenta el porcentaje de PCL, máxime si el contrato finalizó antes de establecerse la misma ya que en la actualidad cuenta con pensión de invalidez con una afectación superior al 50%, situación que a su vez demuestra la vulneración al debido proceso que le asiste.

Asentó que el BANCO DE BOGOTÁ durante la vigencia del contrato no apoyó su recuperación en la afectación de su salud, tópico por el que instauró acción de tutela donde se le amparó su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta los términos en que se fijó el litigio en primera instancia y se profirió la sentencia, en concordancia con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si en virtud de la estabilidad laboral reforzada por salud que persigue la señora MARÍA ANA GUEVARA LÓPEZ, resulta procedente el pago de la indemnización de los 180 días regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Asimismo, de salir próspera la estabilidad por el fuero de salud deprecado, también se analizará si la actora es merecedora el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta la fecha en que sea proferida sentencia debidamente ejecutoriada, al igual que es merecedora de perjuicios morales y las indemnizaciones dispuestas en los artículos 64 y 65 del C.S.T.

c. Del contrato de trabajo:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que entre la demandante señora MARÍA ANA GUEVARA en su calidad de trabajadora y el BANCO DE BOGOTÁ como empleador, se celebró un contrato de trabajo a término indefinido cuya iniciación fue el 4 de marzo de 2002 (Fls. 1 a 4 – PDF 02 ANEXO 1 y fls. 1 a 4 – PDF 24 ANEXOS PRUEBAS).

(ii) Que el 17 de diciembre de 2017, el BANCO DE BOGOTÁ presentó a la demandante carta de terminación de su relación laboral bajo el entendido que ante un proceso de reestructuración su contrato de trabajo finalizaría, lo que conllevaría a su vez a que le fuese cancelada la indemnización por despido sin justa causa (Fl. 27 – PDF 24 ANEXOS PRUEBAS).

(iii) Que como consecuencia de lo anterior, el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá a razón de una acción de tutela presentada por la demandante solicitando vía constitucional el amparo a la estabilidad reforzada por salud que le fuese asignada la radicación 2017-01743, profirió sentencia el 1º de diciembre mediante la cual dispuso el reintegro de la trabajadora (Fls. 30 a 36 – PDF 24 ANEXOS PRUEBAS).

(iv) Que por tal razón, el BANCO DE BOGOTÁ reintegró a la actora a partir del 1º de febrero de 2018 según se advierte del acta celebrada el mismo día (Fls. 1 a 3 – PDF 05 y fls. 39 a 41 – PDF 24 ANEXOS PRUEBAS).

(v) Que el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá profirió auto el 13 de febrero de 2018, a través del cual declaró la nulidad de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá con radicación 2017-01743.

(vi) Posteriormente, el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá, ante la declaratoria de nulidad, profirió nueva sentencia el 5 de marzo de 2013 en el asunto 2017-01743, donde dispuso negar el amparo perseguido con el argumento que, en virtud de que el BANCO DE BOGOTÁ ya había reintegrado a la trabajadora, cesando la vulneración de los derechos deprecados, decisión que fue confirmada en sede de impugnación el 23 de abril de 2018 por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá (Fls. 2 a 8 – PDF 03 ANEXO 02 y 51 a 55 17 – PDF 24 ANEXOS PRUEBAS).

(vii) Fue por ello que a la demandante se le desvinculó por segunda ocasión el 23 de febrero de 2018 según de advierte de la certificación expedida por el BANCO DE BOGOTÁ (Fls. 14 a 17 – PDF 24 ANEXOS PRUEBAS).

d. De la estabilidad laboral reforzada:

Se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023, recoge los criterios que había esbozado a efectos de establecer los criterios para determinar si el trabajador ostenta la condición de discapacidad, señalando:

“De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

“(i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.

“(ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

“En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca

que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

“[...]

“Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

“[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“[...]

“Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador.

“[...]

“En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

“b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

“c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decreta y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

“[...]

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

- (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;*
- (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y*
- (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.*

En ese orden de ideas procede, la Sala a analizar si en el presente evento, se configuran los elementos que concurren en el concepto de discapacidad, evento que es el objeto de protección en la Ley 361 de 1997.

En el transcurrir del trámite procesal se practicó la declaración de la señora LUZ DARI VALBUENA CAÑÓN, quien manifestó que es abogada y se encuentra vinculada laboralmente al servicio del BANCO DE BOGOTÁ desde el 1º de marzo de 2017 desempeñando el cargo de Analista Coordinadora en el Área de Relaciones Laborales.

Que el contrato de la demandante finalizó para el mes de agosto de 2017 como consecuencia de un proceso de reestructuración adelantado por la entidad

financiera, poniendo de presente que previo a ese despido, el área correspondiente llevó a cabo una serie de investigaciones con la finalidad de que las personas a las que se les culminaría el contrato de trabajo no tuviesen ningún fuero de salud, sindical o de embarazo, por lo que para el caso de la señora MARÍA ANA GUEVARA LÓPEZ, la misma se encontraba laborando de manera normal, sin ninguna restricción médica o afectaciones en su salud, ni alguna pérdida de capacidad laboral.

Que no solo el área donde laboraba la actora fue objeto de reestructuración, sino que la misma se llevó a cabo a nivel nacional, siendo un número importante de trabajadores a los que el BANCO DE BOGOTÁ les finalizó el contrato de trabajo sin justa causa.

Expuso tener conocimiento que la demandante instauró una acción de tutela que conllevó a que inicialmente se le reintegrara, pero con posterioridad en sede de segunda instancia, se dispuso denegar dicha acción por cuanto el finiquito laboral no sucedió con ocasión a la figura de la estabilidad laboral reforzada alegada. No recuerda que la demandante hubiese durado un año incapacitada, como tampoco de alguna reubicación que se le hubiera practicado.

La Representante Legal del BANCO DE BOGOTÁ, señora GABRIELA LUCÍA BONILLA LEGUIZAMÓN, expuso en su interrogatorio de parte que trabaja al servicio de la compañía desde hace 3 años y medio como apoderada general con facultad de representación legal y que su profesión es abogada.

Que no conoció a la demandante por cuanto cesó laborales en el año 2017, más exactamente en el mes de agosto cuando el Banco la despidió, así como que para ese momento la actora contaba con una condición de salud normal puesto que no tenía restricciones ni recomendaciones, máxime si ejercía sus funciones con total normalidad.

Mencionó que dentro de la hoja de vida de la demandante no se encontraron procesos disciplinarios ni llamados de atención; por el contrario, la terminación de su contrato de trabajo fue con ocasión de un ajuste que se le efectuó a la planta de personal del banco, cancelándosele la indemnización y acreencias laborales respectivas.

Indicó que a raíz del proceso de reestructuración la demandante instauró una acción constitucional de tutela alegando una posible condición de salud, la cual terminó con una decisión en la que se declaró la nulidad de todo lo actuado, por lo que el banco procedió a dar efectividad a la terminación del contrato de trabajo. Que la actora no tenía ninguna condición de salud vigente para la fecha del retiro, enfermedad diagnosticada ni recomendaciones laborales que impidiera hacer efectivo el retiro.

La demandante señora MARÍA ANA GUEVARA LÓPEZ expuso que en la actualidad cuenta con 54 años y se encuentra pensionada por discapacidad.

Adujo que en el tiempo que estuvo vinculada al banco permaneció un año sin trabajar y cada mes debía allegar las incapacidades a su empleadora, de allí que la entidad financiera conocía de su condición de salud; posteriormente, sus jefes directos le indicaron que podía iniciar nuevamente sus labores, así como que con posterioridad cambiaron sus funciones al área de soporte de producción, área donde debía hablar con la gente y, a razón de su salud no podía entablar conversaciones con las personas, comunicándole así que debía salir del banco.

Que el Juez ordenó que el Banco debía reintegrarla, pero con posterioridad el mismo Juez revocó la sentencia. Expuso que el año en que dejó de laborar a razón de su incapacidad fue en el mes de marzo de 2010 hasta el 2011.



Indicó que a la finalización de su contrato de trabajo el 17 de agosto de 2017 la demandada le canceló la totalidad de sus acreencias laborales, momento para el cual arguye que continuaba con su incapacidad, puntualizando a su vez que la última incapacidad que tuvo fue en el mes de octubre de 2016, y que en todo momento prestó sus servicios a favor del banco con total normalidad.

El testigo ANDRÉS SERNA BAUTISTA arguyó que labora al servicio del banco desde el 6 de abril de 2016 como Coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo y en la actualidad se desempeña como Gerente de Experiencia y Colaborador en la Gerencia adscrita al Área de Recursos Humanos.

Que no conoce personalmente a la demandante, pero aclaró que dentro de sus funciones como Coordinador en Seguridad y Salud en el Trabajo se encontraban las de llevar a cabo todo el control de vigilancia a los casos médicos o de salud que presentaran los trabajadores del banco ya sea por origen común o laboral, por lo que tiene conocimiento que la actora tuvo un siniestro relacionado con un accidente de tránsito de origen común presentando algunos días de incapacidad.

Mencionó que cada vez que se le efectúa una desvinculación a un trabajador, el área jurídico laboral realiza una consulta al área de seguridad en el trabajo con el fin de evidenciar si dentro del banco existe algún tipo de variable que determine o establezca un tema de fuero por condición de salud y, por ende, la demandante presentaba una continuidad de incapacidades aproximadamente hasta el mes de abril de 2011 donde había completado alrededor de 180 días con algunas prórrogas, pero después de eso no presentó incapacidades, tan solo hasta la anualidad 2016 hacia el mes de octubre de 7 días, sin que en la base de datos se reportaran recomendaciones, pérdida de capacidad laboral o proceso de calificación de origen en curso.

Tiene conocimiento que el finiquito laboral de la actora sucedió por un proceso de reestructuración que el BANCO DE BOGOTÁ ha venido adelantando ante el cambio de servicios por una actualización digital, proceso de reestructuración que conllevó a que también se finalizaran los contratos de trabajo de muchas personas.

Así las cosas, de entrada, advierte la Sala la carencia probatoria de la demandante respecto de la estabilidad laboral reforzada que alega en juicio.

Nótese en primera medida que de las pruebas de carácter testimonial, las declaraciones rendidas por LUZ DARI VALBUENA CAÑÓN, Analista Coordinadora en el Área de Relaciones Laborales y ANDRÉS SERNA BAUTISTA, Coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo y en la actualidad se desempeña como Gerente de Experiencia y Colaborador en la Gerencia adscrita al Área de Recursos Humanos, fueron contestes en señalar que el finiquito laboral de la demandante sucedido el 17 de diciembre de 2017, se dio en virtud de un proceso de estructuración que surtió el banco, aspecto que por demás no culminó solo con el finiquito laboral de la actora, sino con muchos cargos dentro de la entidad financiera, sin que tampoco tuviesen conocimiento que al momento del despido de la señora MARÍA ANA GUEVARA LÓPEZ la misma presentara alguna recomendación médica, incapacidad o proceso de calificación.

Ahora bien, en cuanto a la declaración señor ANDRÉS SERNA BAUTISTA, persona que como ya se precisó ocupó el cargo de Coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo al servicio del Banco, valioso resulta poner de presente que enfatizó que en tratándose de la demandante, presentó incapacidades ante su empleador de aproximadamente 180 días hasta el mes de abril de la anualidad 2011 y, posteriormente, una incapacidad de 7 días en el mes de octubre de 2016, tiempo notoriamente anterior a la fecha del despido que como ya se adujo ocurrió el 17 de diciembre de 2017, al igual que las



incapacidades padecidas se causaron ante un accidente de tránsito que tuvo la señora MARÍA ANA de origen común, declaración que a juicio de la Sala se le asigna plena credibilidad ya que debido al cargo desempeñado de este testigo, tenía pleno conocimiento de los aspectos de salud y condiciones de talento humano de aquellos trabajadores al servicio de la entidad financiera.

Lo anterior guarda plena concordancia con lo confesado por la misma demandante en el interrogatorio de parte rendido, quien indicó que las incapacidades que puso en conocimiento al empleador fueron de aproximadamente un año comprendidas entre las anualidades 2010 y 2011.

Bajo esta égida, en este punto nada se advierte que a pesar de que el BANCO DE BOGOTÁ tuvo conocimiento de la afectación de salud de la actora con ocasión de un accidente de tránsito de origen común ocurrido aproximadamente en el año 2010, tales aspectos hubiesen sido la causa de su despido, ni mucho menos que el asunto de marras se enmarque dentro de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral para la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud, como quiera que ante la carencia probatoria no se ausculta una barrera o impedimento de una afección que impidiera a la trabajadora desempeñar sus roles laborales, ni mucho menos que a la finalización del contrato de trabajo la entidad financiera conociera de un gravamen ineludible que distinguiera la deficiencia que alega la demandante en su petitum, por lo que no existe talante alguno que pueda asemejarse alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, limitación o discapacidad.

Al unísono, no debe pasarse por alto que ni siquiera el extremo demandante allegó a juicio prueba con la que se pueda contrastar el estado de la afección en salud alegada, esto es, Disección Carotídea Izquierda Postraumática con Hemiparesia Secular por ECV Isquémico, ya que debe puntualizar la Sala que en el transcurrir del trámite procesal, debido al auto de subsanación de la

demanda que decidiera el Juzgado *a-quo*, fue la misma parte actora quien dentro de su escrito de subsanación desistió de las pruebas atinentes a una historia clínica e incapacidades, lo que implica que resulte improcedente darle un valor probatorio de documentos que fueron excluidos del mismo.

En resumidas cuentas, puede colegir la Sala que al no gozar de prosperidad la estabilidad laboral alegada por la señora ANA MARÍA GUEVARA LÓPEZ, ha de absolverse también en lo atinente al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pago de salarios y aportes a la seguridad social perseguidos desde la fecha de terminación de la relación laboral que lo fue el 17 de diciembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia y los perjuicios; en tanto, como ya se expuso, la finalización del vínculo contractual no fue con ocasión al fuero de salud que deprecia.

Tampoco hay lugar a las indemnizaciones por despido sin justa y moratoria reglada regladas en los artículos 64 y 65 del C.S.T., toda vez que de la liquidación realizada a la actora por parte del BANCO DE BOGOTÁ (Fl. 7 – PDF 04 ANEXO 03 y fl. 28 – PDF 24 ANEXOS PRUEBAS), incluso de la misma confesión en su interrogatorio de parte, puede colegirse que le fue cancelada la indemnización por el despido que se le realizó, junto con la totalidad de acreencias laborales adeudadas; circunstancia por la cual, la absolución dispuesta en primera instancia habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN

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



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2021 00178 01**
Demandante: EVA RODRIGUEZ MORENO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado SANTIAGO QUINTERO RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.071.142.791 y T.P. 283.663 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de junio del 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora EVA RODRIGUEZ MORENO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse que fue engañada en su consentimiento y mal informada para trasladarse de régimen pensional, en consecuencia, se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 1º de junio de 1994, junto con los demás traslados horizontales que realizó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 1º de enero de 2000 y el 1º de octubre de 2006, respectivamente.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con ocasión de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como aportes y rendimientos, además de lo correspondiente al deterioro sufrido por tales dineros. Igualmente, pretende se ordene a COLPENSIONES la reciba en el régimen que administra junto con los anteriores rubros. Por último, pretende se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De forma subsidiaria, pretende se declare que fue engañada en su consentimiento y mal informada al trasladarse de régimen pensional, por ende, se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 1º de junio de 1994, junto con los demás traslados horizontales que realizó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 1º de enero de 2000 y el 1º de octubre de 2006, respectivamente; igualmente, se condene a PORVENIR S.A. a pagarle los perjuicios generados reconociendo la pensión de vejez en las mismas sumas

que le hubiesen correspondido en el régimen de prima media o indemnizándolo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de septiembre de 1962 y que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a través de diferentes empleadores desde el 18 de diciembre de 1988, acreditando un total de 1892 semanas hasta enero de 2021. Continuó indicando que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 1º de julio de 1994, estando al servicio de la empresa Vise Ltda., suscribiendo el respectivo formulario de afiliación, empero, sin recibir información sobre los beneficios del traslado de régimen pensional, ni proyecciones pensionales.

Situación que se repitió en su posterior traslado a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 1º de enero de 2000, además que no se le entró copia del formulario de afiliación, entizando que retornó a COLFONDOS S.A. el 1º de julio de 2001, y luego se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 10 de agosto de 2006, sin informarle cual era el régimen que más le convenía y sin proyecciones pensionales que le corresponderían en ambos regímenes.

A su vez, refirió que la pensión de vejez que recibiría afectaría su mínimo vital, ello como consecuencia de la falta de información al momento del traslado de régimen, asimismo, acotó que PORVENIR S.A. tampoco le informó de la posibilidad de retornar al régimen de prima media antes de estar a diez años de la edad de pensión, y que según proyección que le fuera efectuada, la mesada que recibiría en el régimen de ahorro individual sería inferior a la que percibiría en el régimen de prima media con prestación definida. Finalmente, indicó que solicitó a COLPENSIONES el traslado a esa entidad, pedimento que fue denegado, sucediendo lo mismo con PORVENIR S.A. (folios 1 a 20 archivo 01).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, arguyendo que el traslado de la demandante en 2006 ante sus dependencias fue producto de una decisión libre, espontánea y sin presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Igualmente, sostuvo que desde la vinculación inicial a ese régimen a través de COLFONDOS S.A. en 1994 y con los posteriores traslados horizontales que realizó, ratificó su voluntad de permanecer en el mismo, adicionalmente, expuso que garantizó el derecho de retracto a través de una publicación en un periódico en el que informó de tal posibilidad, a lo que se suma que el vicio en el consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no logra probarse en el presente asunto.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (folios 2 a 38 archivo 09 y 19).

COLFONDOS S.A. al contestar se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, indicando que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, asesorándola acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, careciendo así de fundamento factico y jurídico las pretensiones de la demanda.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f. 3 a 22 archivo 10).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias del libelo introductorio, aduciendo que el traslado de régimen efectuado por la demandante está revestido de legalidad, por lo que de accederse al mismo se estaría afecta gravemente el equilibrio y la estabilidad financiera del sistema.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica o innominada. (f. 2 a 15 archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizare la demandante señora EVA RODRÍGUEZ MORENO identificada con cedula de ciudadanía N° 51.664.833 que tuvo lugar el día 01 de junio de 1994 con efectividad desde el día 01° de julio del mismo año, debido a la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo todos los montos correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general, toda suma integrante de las cotizaciones que fueron efectuadas en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, condena que se hace extensiva a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS durante el tiempo en que estuvo la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante afiliada a ese fondo y fueron realizadas para el mismo cotizaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en esta sentencia, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, incluyendo en las semanas de cotización todas aquellas que fueron efectuadas ante el régimen de ahorro individual con solidaridad.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a los fondos privados de pensiones y en favor de la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo los montos de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de cada uno de los fondos privados de pensión demandados, como valor de las agencias en derecho. Sin condena en costas en favor ni en contra de Colpensiones.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* al auscultar si la AFP COLFONDOS S.A. había cumplido con el deber de información que le asistía para la fecha de traslado de la demandante, hizo mención a los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, además indicó que existen unas reglas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que han enfatizado que el deber de información siempre ha existido desde el nacimiento de los fondos, el cual está en cabeza de estos a efectos que el potencial afiliado tenga conocimiento de las consecuencias que le conllevaría; que no es necesario tener derechos adquiridos o estar en régimen de transición, que la prescripción no opera en esta clase de procesos, que la suscripción del formulario no da cuenta del cumplimiento del deber de información, y los traslado horizontales no sanean dicha falta de información.

Así, al examinar el acervo probatorio indicó que podía colegir que la actora estuvo afiliada al ISS y que se había traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. y que posteriormente se vinculó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., luego retornó a COLFONDOS y posteriormente se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; sin que del interrogatorio o de las demás pruebas documentales se pudiera encontrar

acreditado el cumplimiento del deber de información por parte del fondo primigenio. En cuanto, a la afiliación a PROTECCIÓN S.A. antes SANTANDER estimó que no existen cotizaciones a ese fondo.

Por consiguiente, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de COLFONDOS S.A., así como, la vinculación realizada con posterioridad a PORVENIR S.A., ordenando a estos trasladar todas las sumas recibidas como valor de cotizaciones, gastos de administración y en general todos los recursos que hubieran recibido por motivo de cotizaciones, y condenó en costas a los fondos privados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. apeló la sentencia de primer grado. Al respecto, manifestó su disenso frente a la orden de devolver los gastos de administración, aduciendo que este descuento se efectúa en ambos regímenes pensionales por disposición legal, rubros que tienen una destinación específica como lo es la adquisición de una póliza de seguros y el porcentaje restante está destinado a la administración que realiza el fondo, la que se ve reflejada en los rendimientos que recibe la afiliada, los cuales fueron trasladados al fondo en el que se encuentra afiliada actualmente, por lo que no está obligada a devolver ese rubro. Además, el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, señala cuales son las sumas a devolver al momento del traslado, lo cual se soporta en concepto de la Superintendencia Financiera, por lo que solicita se revoque la condena proferida en tal sentido.

COLPENSIONES en su alzada solicita se revoquen las condenas emitidas en su contra, aduciendo que la sentencia se instancia, vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema, además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fue vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación a través del cual la actora se trasladó al régimen de ahorro Individual con solidaridad por medio de COLFONDOS S.A. el 1º de junio de 1994, además del formulario mediante el cual se trasladó nuevamente a ese fondo el 25 de mayo de 2001 proveniente de SANTANDER S.A. y el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 10 de agosto del 2006, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de julio de 1994, 1º de enero de 2000, 1º julio de 2001, 1º de octubre de 2006, respectivamente, según el reporte SIAFP. (f. 181 y 182 archivo 01 y f. 85 y 88 archivo 09). Acorde con lo anterior, se observa que la gestora estuvo afiliada a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., por lo menos entre el 1º de enero de 2000 al 1º julio de 2001, sin que se aportara el formulario de esa afiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En esa medida, si bien los formularios refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante señora EVA RODRIGUEZ MORENO en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio de una empresa de seguridad un funcionario de la misma y un asesor de COLFONDOS le dijeron que la empresa había decidió cambiarlos del ISS a ese fondo privado, por lo que debía firmar el formulario de afiliación lo cual llevo a cabo confianza en que la empresa le estaba haciendo un bien. De otro lado, dijo no recordar haber suscrito el formulario con el que se afilió a PORVENIR S.A. pues esa gestión la llevó a cabo la empresa directamente, enfatizando que solo recuerda haber firmado el formulario de afiliación en la última empresa donde se encuentra laborando, el cual le fue suministrado al momento de suscribir el contrato de trabajo, sin estuviera presente un asesor del fondo. Además, dijo que su motivación para trasladarse de régimen es económica porque lo que le reconocería el fondo privado no le alcanza para subsistir ya que tiene a cargo a su progenitora, aunado a que no fue informada de la prohibición legal de traslado antes de los 47 años. Finalmente, dijo que al momento del traslado inicial de régimen no fue coaccionada por ningún funcionario del ISS para cambiar de régimen.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación

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

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

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



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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

Así las cosas, deberá precisar la Sala que el traslado de régimen pensional que se hace ineficaz, alude al que realizó la actora el 1º de junio de 1994 a COLFONDOS S.A., lo anterior, toda vez que en la parte resolutive de la sentencia confutada no se aclaró frente a quien se predicaba la ineficacia del traslado de régimen, en esa medida, esa decisión conlleva a dejar sin efecto el traslado horizontal que realizó la gestora a ING-SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; en consecuencia, se adicionará al numeral primero de la sentencia en tal sentido.

De otro lado, cabe mencionar que no desatinó el *a quo* al ordenar a PORVENIR S.A. el reintegro a COLPENSIONES de los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora o seguros previsionales; sin embargo, estos rubros deben estar acompañados del retorno del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., sumas todas



que deberán devolver COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., debidamente indexados al momento de su pago.

En este punto, y dado que como viene de verse la gestora estuvo afiliada a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., por lo menos entre el 1º de enero de 2000 al 1º julio de 2001, según el reporte SIAFP (f. 85 archivo 09), es imperioso hacer la salvedad que los anteriores emolumentos, esto es, los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y su indexación, a razón del tiempo en que se efectuaron cotizaciones a favor de la demandante a SANTANDER deben correr a cargo de PORVENIR S.A., lo que según la Historia Laboral que allega este fondo, solo se dio en enero de 2000 (f. 114 a 134 archivo 09). En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia objeto de censura.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de junio del 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante en razón al incumplimiento del deber información.

Para en su lugar, precisar que se declara ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante a través COLFONDOS S.A. el 1º de junio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1994 y los subsiguientes traslados horizontales que llevó a cabo por medio de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., en razón al incumplimiento del deber información, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los conceptos indicados en la sentencia de instancia, lo correspondiente a gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas por seguros previsionales en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esos fondos de pensiones, sumas que deben ser indexadas al momento de su devolución.

Además, PORVENIR S.A. debe hacerse cargo de dichos rubros a razón del tiempo en que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN S.A. antes SANTANDER. Lo anterior, sin perjuicio de que lleve a cabo las acciones de judiciales tendientes a recobrar tales emolumentos.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 16 2021 00178 01 DE EVA RODRIGUEZ MORENO contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2022 00055 01**
Demandante: MARIA EUGENIA CAMARGO RODRIGUEZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado SANTIAGO QUINTERO RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.071.142.791 y T.P. 283.663 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconocer personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, con las facultades del poder otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 16 de agosto del 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el

artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA EUGENIA CAMARGO RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación por medio de la cual se trasladó del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a PORVENIR S.A. el 9 de marzo de 2000, por existir engaño y asalto en su buena fe, además de carecer de información completa y veraz por parte del fondo privado. Igualmente, se declare que siempre ha estado válidamente afiliada en pensiones al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES.

De forma subsidiaria, solicita se declare la nulidad de la afiliación por medio de la cual se trasladó de INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a PORVENIR S.A. el 9 de marzo de 2000, por existir engaño y asalto en su buena fe, y carecer de información completa y veraz por parte del fondo privado.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, más los rendimientos que se hubiesen causado, se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado en pensiones y valide en su historia laboral los aportes remitidos por PORVENIR S.A., más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de octubre de 1965 y efectuó cotizaciones en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 8 de julio de 1974 y el 30 de abril de 2000, trasladándose de régimen a través de PORVENIR S.A. en el año 2000, sin que el asesor le informara en qué consistía el régimen de ahorro individual con solidaridad, solo le indico que se pensionaría a una edad temprana y que podía establecer el monto de su pensión o el retiro del dinero, sin explicar el esfuerzo adicional para lograrlo o mencionarle las características o realizar una proyección de su pensión en ambos regímenes, o el impacto que tendría en su mesada ese cambio.

Enfatizó que si bien a los 35 años de edad había cotizado más de 700 semanas en el régimen de prima media con prestación definida, en su historia laboral solo reporta 303 semanas y acumula un total de 1.392 a lo largo de su vida laboral en los dos regímenes a septiembre de 2021, como se evidencia en la historia laboral expedida por PORVENIR S.A. De otro lado, refirió que solicitó a las encartadas su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue denegado por esas accionadas, además según proyección que le efectuó el fondo privado, se evidencia que su mesada en ese régimen sería inferior a la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida, lo que la afecta gravemente. (folios 3 a 25 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad es válida, así mismo, es improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo o ineficaz. Por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso como excepciones las que denomino prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (folios 1 a 28 archivo 07).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el traslado de régimen efectuado por la demandante no carece de los elementos exigidos por la ley, aunado a que no se probó que la afiliación al fondo privado sea nula o ineficaz, reiterando que está revestida de legalidad, además la actora está inmersa en la prohibición de traslado de régimen contemplada en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos. (f. 1 a 14 archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizare la demandante señora MARÍA EUGENIA CAMARGO RODRÍGUEZ identificada con cedula de ciudadanía No. 51.794.333 que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2000, y con efectividad del 1º de mayo de la misma anualidad. Lo anterior motivado en la omisión en el deber de información por parte de la demandada PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, cuotas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y en general, todo valores integrantes de las cotizaciones que fueron realizadas en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recepcionar los recursos condenados en numeral que antecede y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, incluyendo en su historial de cotizaciones todas y cada una de las semanas que se reportan como cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría y en favor de la parte actora, incluyendo los montos de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de cada una de las demandadas, como valor de las agencias en derecho.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* al auscultar si la AFP PORVENIR S.A. había cumplido con el deber de información que le asistía para la fecha de traslado de la demandante, hizo mención a los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, además indicó que existen unas reglas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que han enfatizado que el deber de información siempre ha existido desde el nacimiento de los fondos, el cual está en cabeza de estos a efecto de que el potencial afiliado tenga conocimiento de las consecuencias que le conllevaría, que no es necesario tener derechos adquiridos o estar en régimen de transición, que la prescripción no opera en esta clase de procesos, que la suscripción del formulario no da cuenta del cumplimiento del deber de información, y los traslado horizontales no sanean dicha falta de información, además ha explicado las diferentes etapas de dicho deber de información.

Así, al examinar el acervo probatorio indicó que podía colegir que la actora estuvo afiliada al ISS y que se había traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A.; sin que del interrogatorio o de las demás pruebas documentales se pudiera encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información por parte del citado fondo.

Por consiguiente, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de PORVENIR S.A., ordenando a esta trasladar todas las sumas recibidas como valor de cotizaciones, gastos de administración y en general todos los recursos que hubieran recibido por motivo de cotizaciones.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la condena emitida en su contra por costas procesales, ya que es sucesora del ISS, y nada tuvo que ver en el acto de traslado de régimen de la demandante, ya que para la fecha en que solicitó el retorno al régimen que administra se encontraba incurso en la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo que se acompasa con lo señalado en el artículo 48 de la Constitución Política, aclarando que las costas provienen de las cotizaciones de los afiliados, y el artículo 365 del C.G.P., contiene la posibilidad de no condenar en costas cuando se accede de forma parcial a las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación a través del cual la actora se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro Individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A. el 9 de marzo de 2000, vinculación que se hizo efectiva el 1º de mayo de 2000, según el reporte SIAFP. (f. 31 y 65 archivo 07).

Formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, LUIS EDUARDO CALDERON PASTRANA en calidad de representante legal de PORVENIR S.A., en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que esa sociedad no cuenta con algún documento que dé cuenta de la formación profesional y en especial formación en materia pensional por parte del asesor que vinculó a la actora a ese fondo, igualmente indicó que el formulario de afiliación es el único documento que constata la información idónea que brindó al momento del traslado de la gestora, ya que era lo único que se exigía para esa época y no se exigía algún tipo de proyección de la mesada pensional.

Entre tanto, la demandante señora MARIA EUGENIA CAMARGO RODRIGUEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en marzo de 2000 estando al servicio del BANCO DEL ESTADO se trasladó a PORVENIR, ya que el asesor le manifestó que el ISS sería liquidado y estaba en riesgo su pensión, y que en ese fondo se podía pensionar de forma anticipada al requerir de una densidad inferior de semanas, asimismo, sostuvo que le preguntaron por sus beneficiarios para inscribirlos en el formulario, pero no le explicaron que podían heredar su pensión, y que se trasladó por cuanto era la única que faltaba por hacerlo de sus compañeros de trabajo, agregando que intentó regresar a COLPENSIONES, pero ya no le era posible a razón de su edad.

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

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

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



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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, se debe indicar que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio y a la que se le resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación; luego, al haberse opuesto a las pretensiones de la demanda y resolverse de forma desfavorable la apelación que interpuso, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, expuso sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión del Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, de forma indexada lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia objeto de censura.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, de forma indexada lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones anteriormente referidas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

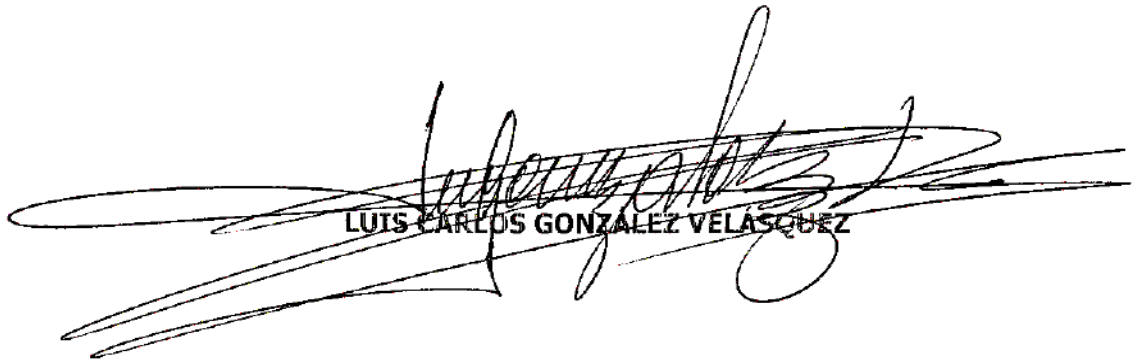
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 16 2022 00055 01 DE MARIA
EUGENIA CAMARGO RODRIGUEZ CONTRA COLPENSIONES y
PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **19 2018 00591 01**
Demandantes: LUIS ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ
Demandados: JIMFER SECURITY LTDA. y solidariamente JIMMY
 ALEXANDER CALDERÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad JIMFER SECURITY LTDA. y solidariamente contra el señor JIMMY ALEXANDER CALDERÓN, en calidad de socio, a fin que se declare que entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las partes existió como medio vinculante, un contrato de trabajo a término definido desde el 5 de mayo de 2016 y el 22 de julio de 2016, el cual terminó por renuncia del trabajador, motivada en justas causas imputables a la empleadora.

En consecuencia, pretende que se condene a la parte demandada al pago de los salarios dejados de percibir desde el 23 de julio de 2016 hasta la fecha en que se haga efectiva la sentencia, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago del auxilio de cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, las sanciones de ley por el no pago de la seguridad social, la indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refiere que el 5 de mayo del 2016 con la sociedad JIMFER SECURITY LTDA. se suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, a fin de prestar sus servicios personales en vigilancia privada en un conjunto residencial denominado La Florencia ubicado en la calle 76, pactándose como salario la suma de \$689.455; relata que el 14 de julio de 2016 sintió un fuerte dolor en el pecho aproximadamente a las 7:30 a.m., y pese a informar a la empleadora solo se permitió que saliera del lugar de trabajo a las 9:00 a.m., siendo atendido en la EPS, en donde le sería practicado un electrocardiograma para descartarle un posible infarto, no obstante, no fue factible la atención en tanto se reportaba una novedad de retiro desde el 31 de mayo de 2016, debiendo asumir de su peculio la compra de medicamentos, sin que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleadora haya reconocido tales emolumentos, lo cual también se predica de otras atenciones médicas que le implicaron gastos.

Que se presentó en la sede principal de la empresa para radicar la carta de renuncia, no obstante, el señor LUIS FERNANDO PULIDO DOMINGUEZ, representante legal de la accionada, le indica que no le recibiría la misiva por lo que debe seguir laborando hasta el vencimiento del plazo pactado; que al no aceptar tal situación, y por solicitud de la empleadora, debió remitir la carta de renuncia por correo certificado el 29 de julio de 2016, argumentando como causa el incumplimiento sistemático del pago de aportes al sistema de seguridad social.

Asevera que la sociedad consignó un título judicial con la liquidación definitiva en el Juzgado Treinta y Siete Laboral, pero solo hasta el 23 de agosto de 2016 radicarón la autorización de pago; finalmente, que citó a la empleadora a audiencia de conciliación y presentó queja administrativa, solicitando además mediante derecho de petición, la entrega de documentos atinentes al cumplimiento de obligaciones patronales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad accionada contestó la demanda señalando ser cierta la existencia del contrato de trabajo, sin embargo, frente al padecimiento de salud narrado, el actor solo refirió una la necesidad de trasladarse a la EPS para lo cual solicitó relevo de turno, lo cual se realizó en tiempo prudencial; de igual manera, que presuntamente se presentó una novedad de retiro el 31 de mayo de 2016, lo cual se desvirtuó con la copia del formulario único de afiliación y registro de novedades, el cual fue



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

radicado debidamente ante CAFESALUD EPS el 10 de mayo de 2016. Finalmente, que si realizó el pago de facturas presentadas por el trabajador y que realizó el pago definitivo mediante pago por consignación, lo que se comunicó al trabajador de manera oportuna el 29 de julio de 2016.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica o innominada.

El señor JIMMY ALEXANDER CALDERON contestó la demanda por conducto de curadora *ad litem*, quien refirió no constarle los hechos de la demanda, proponiendo como excepción de mérito que *“se solicita se reconozca al empleado que fue retirado de la empresa sin justa causa y las prestaciones de ley y la indemnización correspondientes desde el año 2016 hasta la fecha y que sea declarada por este Despacho”*.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de febrero de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con vigencia entre el 5 de mayo de 2016 y el 22 de julio de 2016, devengando como último salario la suma de \$940.000, el que fue terminado sin justa causa por parte de la demandada; en consecuencia, condenó a la sociedad JIMFER SECURITY LTDA y de manera solidaria y hasta el monto de sus aportes a JIMMY ALEXANDER CALDERÓN, en su condición de socio, al pago de \$1.012.000, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, de manera indexada; al pago de \$22.981 diarios a partir del 23 de julio de 2016 y hasta cuando se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

realice el pago efectivo o se acredite la cancelación de los aportes a seguridad social del demandante, hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, absolviendo de las restantes pretensiones.

Para tal efecto, señaló que no fue objeto de discusión que entre las partes medió un contrato de trabajo como medio vinculante, con vigencia entre el 5 de mayo de 2016 hasta el 22 de julio de 2016; de otra parte, que se acreditó que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante se encontraba incapacitado, lo cual era de conocimiento de la empleadora, no obstante, esa sola situación no activa la estabilidad laboral reforzada, al requerirse que la condición médica implique una afectación en las funciones y en el desempeño laboral, lo cual no fue demostrado por activa, máxime que no se aportan recomendaciones de tipo laboral.

De otra parte, que el no pago de aportes a seguridad social, no implica el reintegro del trabajador, pues tal consecuencia no es la que se advierte de lo regulado en el parágrafo primero del artículo 65 del C.S.T., sino el pago de la indemnización moratoria.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, estimó que el actor presentó terminación del contrato de trabajo, afirmando que el empleador no ha realizado cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin que por pasiva se haya acreditado el pago de aportes, en tanto solo se aporta el formulario de afiliación, y los certificados de ARL y fondo de pensiones, que demuestran que no se solucionaban de manera completa. De tal manera, que la sola afiliación no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acredita el pago de aportes, condenando así al pago de la indemnización por despido sin justa causa, correspondiente a salarios que se dejaron de devengar entre el 23 de julio de 2016 y el 4 septiembre de la misma anualidad, por valor de \$1.012.000, ello en tanto el periodo pactado era de 4 meses.

En lo atinente a la indemnización moratoria estimó que no se acreditó el pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud, ni existe hecho alguno que sea demostrativo de un actuar de buena fe patronal, sin que la simple afiliación cumpla tal fin.

Finalmente, señaló que la persona natural accionada debe solucionar las condenas, en tanto resulta ser solidariamente responsable, de conformidad con el artículo 36 del C.S.T., hasta el monto de sus aportes.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación en lo concerniente a la liquidación de la indemnización, por cuanto la normativa refiere a un día de salario por cada día en mora, siendo que los demandantes no han solucionado los aportes al sistema general de seguridad social, por lo tanto, la suma de \$1.012.000 no se compadece con la mora determinada.

De otra parte, la accionada sustenta la alzada en que del testimonio de la señora SANDRA PULIDO, quien fungía como Directora de Gestión Humana, se acredita que el actor dio por terminado el contrato, cuando lo cierto es que presentó una ausencia a laborar de los días 22, 23 y 24 de julio de 2016, siendo su objetivo el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

maquillar dicha situación. Así mismo, que el actor presentó la carta de renuncia el 1º de agosto del año 2016, la cual sería extemporánea, en tanto el contrato finiquitó el 25 de julio de 2016.

Argumenta que se debe revocar la indemnización moratoria, en el entendido que el empleador siempre obró de buena fe, no ocultó el vínculo laboral y se evidenció con la prueba documental que la empresa pagó todas las obligaciones a su cargo, e incluso hasta el 22 de agosto del año 2016 en materia de seguridad social, lo cual omitió el *a-quo*. De igual manera, la buena fe se predica al verificar un pago por consignación de las acreencias laborales causadas como liquidación definitiva del contrato de trabajo, más aún cuando la condena es exorbitante ante la duración del contrato.

Refiere que se debe revocar la condena en costas, más aún cuanto el Ministerio del Trabajo en actuación administrativa, llegó a la conclusión que el empleador cumplió con sus obligaciones.

Finalmente, con respecto a la solidaridad, que el señor ALEXANDER CALDERÓN, no ha obrado de manera directa en la relación, por lo cual se solicita la desvinculación del mismo.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará (i) si el actor tiene derecho al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, en caso afirmativo si el monto cuantificado se ajusta a derecho; y (ii) si se debe revocar la condena por indemnización moratoria, costas procesales y si se debe desvincular a la persona natural.

4.3 Contrato de trabajo:

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con vigencia entre el 5 de mayo de 2016 y el 22 de julio de 2016, devengando como último salario la suma de \$940.000, lo cual fue determinado en primera instancia y no fue objeto de inconformidad; además se corrobora con el contrato de trabajo apartado con la demanda (fls. 9 y 10 archivo digital 05Demanda.pdf), así como de la certificación expedida por la empleadora (fl. 8 archivo digital 05Demanda.pdf), la cual refiere que *“La suscrita Directora de Recursos Humanos de la empresa de vigilancia y seguridad privada JIMFER SECURITY LTDA consta que el señor(a) RAMIREZ GOMEZ LUIS ALBERTO identificado con cédula de ciudadanía 1.026.265.421 de Bogotá laboró en la empresa desde el 05 de mayo del 2016 hasta el 22 de Julio del 2016”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

4.4 Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa:

Una vez determinado lo anterior, se tiene que el accionante aduce en el supuesto fáctico de la demanda, que se presentó en la sede principal de la sociedad accionada, a efectos de radicar la carta de renuncia, no obstante, el señor LUIS FERNANDO PULIDO DOMINGUEZ, representante legal de la accionada, le indicó que no le recibiría la misiva; de igual manera que días después se presenta nuevamente para radicar la carta de renuncia, sin que le sea recibida y por solicitud de la empleadora, debió remitir la carta de renuncia por correo certificado el 29 de julio de 2016.

De igual manera, señala que la terminación del contrato operó por causa del incumplimiento sistemático de la empleadora, en el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Ahora bien, en lo que concierne a la figura del despido indirecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

“El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

“Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)”.

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que la extinción del vínculo fue con ocasión a faltas imputables al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador y previstas en el literal B del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del C.S.T.

Para tal efecto, el actor aporta la misiva de terminación, la cual tiene fecha de envío por correo certificado el 29 de julio de 2016, y en la cual se aduce (fls. 1 y 2 archivo digital 05Demanda.pdf):

“Atentamente me dirijo a ustedes con el fin de informar mi decisión de terminar la relación contractual con ustedes de manera unilateral, [...] debido a:

“Incumplimiento sistemático del pago de mi seguridad social a partir del 1 de Junio, debido a que por un error de la empresa se pasó novedad de retiro el día 31 de Mayo teniendo vigente un contrato laboral a término fijo inferior a un año desde el día 5 de Mayo de 2016 y habiendo hecho la empresa el descuento de mi salario el aporte a salud que por mi parte corresponde al 4%; **esto conllevó a que durante 45 días estuviera sin protección por parte de una aseguradora ARL** siendo una clase de riesgo IV por laborar en vigilancia privada, **adicional sin pago de pensión ni caja de compensación y lo más grave 15 días donde estuvimos junto con mi hija de tres años suspendidos en la EPS por mora del empleador.**

“El día jueves 14 de Julio me encontraba en mi lugar de trabajo ubicado en el conjunto residencial Florencia calle 76 y hacia las 7:30 p.m. tuve un fuerte dolor en el pecho, con adormecimiento en brazo izquierdo y pies, motivo por el cual informe a mi superior la necesidad de trasladarme a un centro de urgencias [...] cuando ingrese a la sala listo para el examen me informan que no puedo ser atendido por que la empresa paso novedad de retiro el 31 de mayo motivo por el cual estaba desafiliado.

“Tuve que devolverme para mi casa enfermo y esto me generó gastos adicionales, ya que tuve que correr por mi cuenta las medicinas necesarias para que me calmara el dolor estas facturas por valor total de \$65.800 presentadas a la empresa, la cual me indica que no me serán pagadas a pesar que por su incumplimiento y error yo me encontraba en esa situación, al día



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

siguiente me dirigí a la empresa aún enfermo y la respuesta por parte de RRHH es que el problema era de la EPS, sin embargo me indicaron que se solucionaba ese mismo día.

*“El día 18 de Julio a las 8:30 a.m. me dirigí a la EPS donde me informan que sigo suspendido a la fecha y me indican que aún no me pueden atender, ante esta eventualidad nuevamente me fui a la empresa y verifican el estado de la afiliación y me envían ante una I.P.S convenio de la empresa donde me atiende un médico que consta de mi estado de salud y me da 4 días de incapacidad laboral hasta el 21 de julio y una fórmula médica cuya cotización supera los \$50.000, la persona de RRHH se compromete a cancelarme el valor de la cotización para la compra de los medicamentos, a lo cual incumplió. **Recibí una copia de la planilla donde me generaron novedad de ingreso al 1 de junio nuevamente y la planilla fue paga el día 15 de julio de 2016, lo que constata que la empresa pago con 45 días de mora mi seguridad social.***

“[...]

“Cabe aclarar que de manera anticipada informe mi decisión de terminación de contrato de manera unilateral a mi jefe inmediato y a la parte administrativa el día 22 de Julio de 2016.

Así las cosas, aduce el trabajador como justa causa de la renuncia, el incumplimiento patronal de su obligación de solucionar oportunamente los aportes al sistema integral de seguridad social, acotando además que aseveró las causas con anticipación sin que se haya aceptado la entrega de la carta, y solo se pudo concretar dicho aspecto, mediante petición de la empleadora y por conducto de correo certificado. De tal manera que la parte recurrente, aduce (i) que la carta se entregó de manera extemporánea a la terminación del contrato y (ii) que no se configuró la justa causa de despido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente al primer aspecto, aduce el recurrente que la misiva fue entregada el 1º de agosto de 2016, siendo que el contrato de trabajo culminó el 22 de julio de 2016.

Sobre tal tópico, la señora SANDRA MILENA PULIDO, quien aseveró haberse desempeñado como Directora de Talento Humano de la sociedad accionada, labor que ejerció entre el año 2008 y el 15 de agosto de 2022, señaló que el contrato de trabajo culminó en atención a que el actor, tras la incapacidad que ostentaba hasta el 21 de julio de 2016, no se presentó a laborar los días 22, 23 y 24 de julio de 2016; así mismo, al interrogarse de la manera en que la empresa notificó la terminación del contrato de trabajo, señaló que por correo certificado se le comunicó que debía presentarse a la empresa el día 25 de julio de 2016, frente a lo cual solo refirió el trabajador que no se presentaría a rendir descargos y que enviaría una carta con la justificación.

Señaló que el actor si comunicó la decisión de terminación, en tanto así lo advirtió el 25 de julio de 2016, y posteriormente remitió la misiva por correo certificado, la cual fue recibida el 1º de agosto de 2016. Aclaró posteriormente, que el 25 de julio de 2016 iba a notificar una carta de terminación del contrato de trabajo, al no estar de acuerdo con la citación a justificar una inasistencia laboral, así como al inicio de un eventual proceso disciplinario.

Así las cosas, a diferencia de lo alegado por la censura, la prueba documental y testimonial da cuenta que el actor si comunicó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, sin que además milite carta de despido que provenga del empleador en la cual se señale que el contrato de trabajo culmina con justa causa por no asistir a prestar el servicio los días 22, 23 y 24 de julio de 2016, como se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aduce en el recurso de alzada, debiéndose acotar que el parágrafo el artículo 62 del C.S.T., consagra que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

De tal manera, que no es dable estimar que la carta de renuncia motivada, en realidad se haya presentado con el fin de desconocer una terminación motivada en la inasistencia a prestar el servicio, pues no existe prueba alguna que acredite que el empleador haya adoptado tal determinación, más aún cuando la prueba testimonial da cuenta que el actor si envió la carta de renuncia y que la anunció con anterioridad, al menos desde 25 de julio de 2016, siendo así esa la razón por la cual finiquitó el contrato de trabajo.

Una vez determinado lo anterior, se debe referir que le asistió razón al *a-quo* al considerar que, al haberse expuesto por el trabajador como justa causa imputable al empleador, el no solucionar los aportes al sistema integral de seguridad social, le correspondía al empleador la carga de la prueba de acreditar que, si cumplió a cabalidad con dicha obligación patronal, al tratarse de una negación indefinida. En igual sentido, por cuanto la empleadora aduce razones justificativas frente a la causal endilgada, al señalar en la contestación de la demanda que no es cierto que haya incumplido con sus obligaciones. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL417-2021, expresó:

“En todo caso, es oportuno señalar que la Sala ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras). En esta última providencia referida se indicó:

*“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que **cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos.** Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272).*

Determinado lo anterior, se advierte que la causal específica, hace referencia al incumplimiento sistemático en el pago de aportes a seguridad social desde el 1º de junio de 2016. Frente a dicha causal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL18623-2016 Radicación No. 45760 del 6 de diciembre de 2016, memorada en reciente sentencia SL1762-2023, Radicación No. 93450 del 19 de julio de 2023, señaló:

“En lo que tiene que ver con el «incumplimiento sistemático» que refiere la codificación laboral, tanto en las justas causas para dar por finalizado un contrato de trabajo por parte del empleador como del trabajador, conviene traer a colación lo expresado por la Sala en sentencia de la CSJ SL, 11 may. 2006 rad. 26951, reiterada en un caso análogo de despido indirecto SL, 9 ag. 2011, rad. 41490, en la que sostuvo:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“(…) Con todo, al margen de lo anterior, es de agregar que la interpretación del Tribunal sobre la causal de despido indirecto que tiene que ver con <El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales y legales>, contenida en el ordinal 6° del literal b) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, y que lo llevó a concluir que la conducta de la empleadora no se enmarcaba dentro de esa causal para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de los trabajadores demandantes, al estimar que en el sub lite, fuera de que mediaban razones valederas para haberse atrasado el empleador en el cubrimiento de sueldos en algunos periodos, <La mora en el pago de los salarios nunca fue reiterada>, queriendo significar que el incumplimiento debe ser continuado y no ocasional para que se configure la causal; no va en contravía a lo adocinado por esta Sala de la Corte sobre el tema, en donde al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) de ese mismo ordenamiento, que tiene plena aplicación para esta eventualidad en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo “sistemático”, en sentencia del 6 de junio de 1996 radicado 8313, puntualizó:

<(…) Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir” (resalta la Sala)>.

Así las cosas, de las pruebas documentales aportadas al plenario, que se adjunta la impresión del 14 de julio de 2016, en la cual se reporta “*Usuario presenta retiro al día 31/05/2016 con el empleador JIMFER SECURITY BUCARAMANGA. No se encontraron relaciones laborales posteriores con otro empleador*” (fls. 13 y 14 archivo digital 03Demanda.pdf); de igual manera, se aportó una planilla de pago de aportes, que da cuenta que el 15 de julio de 2016, esto es con anterioridad incluso a la fecha de renuncia motivada, la empleadora solucionó aportes a pensiones a la AFP COLFONDOS del mes de junio de 2016, así como de salud a CAFESALUD EPS y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a riesgos laborales a la ARL COLPATRIA (fls. 10 a 12 archivo digital 05Demanda.pdf).

En efecto, los aportes echados de menos, se constituyen únicamente a los atinentes al mes de mayo de 2016, los cuales debían solucionarse de manera oportuna, no obstante lo cual, solo se pagaron hasta el 15 de julio de 2016, aspecto que no solo se extrae de la planilla, sino de la propia misiva de renuncia, el cual se aduce y concreta la causal, en que *“Recibí una copia de la planilla donde me generaron novedad de ingreso al 1 de junio nuevamente y la planilla fue paga el día 15 de julio de 2016, lo que constata que la empresa pago con 45 días de mora mi seguridad social”*.

En tal sentido, la mora que se aduce implica un incumplimiento sistemático es la correspondiente a los aportes del mes de mayo, aspecto que se solucionó, según el propio actor en la carta de renuncia, el 15 de julio de 2016, cuando se le entregó la documental que da cuenta que fue ingresado nuevamente como afiliado desde el 1º de junio de 2016 y se solucionó el pago el día 15 de julio de 2016, teniendo en cuenta que detalla un mora de 45 días, sin aducir que la misma se mantenga en el tiempo.

Así mismo, la suspensión que aduce en la carta se refiere a *“45 días estuviera sin protección por parte de una aseguradora ARL”* y *“15 días donde estuvimos junto con mi hija de tres años suspendidos en la EPS por mora del empleador”*, reiterando la Sala que no se aduce una mora que se mantenga en el tiempo, e incluso se refiere como fecha de pago del 15 de julio de 2016, fecha para la cual el actor no había renunciado al trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

No debe soslayarse, que los aportes del mes de junio sí se advierten como solucionados el 15 de julio de 2016 (fls. 11 y 12 archivo digital 05Demanda.pdf)), reportando a COLFONDOS y COLPATRIA ARL, pago con un IBC de \$1.008.000, así como a CAFESALUD varios pagos con IBC de \$847.000 y \$598.000; finalmente para la fecha de renuncia, aún no se causaban aportes del mes de julio, no obstante, se advierte su pago el 3 de agosto de 2016.

De otra parte, debe referirse que se allegó copia de la Resolución 2340 del 10 de agosto de 2017, en la cual el Ministerio del Trabajo, concluye:

“Analizada las pruebas allegadas, se encuentra que la empresa si cuenta con reglamento interno de trabajo (véase folio 60 al 76).

“Si cuenta con reglamento de higiene y seguridad industrial (implementación del nuevo sistema).

“Si cuenta con COPASST vigente, evidencia de ello, es Acta No 001 por el cual se constituye el comité (véase folios 53 al 57) con la última fecha de Acta de reunión que data de 16 de junio del 2016.

“Si cuenta con comité de convivencia Acta No 001 (véase pg 46 y ss)

“Frente al pago de salaries y demás, este despacho solicitó las planillas de seguridad social evidenciando que se canceló oportunamente.

“Y frente al no pago de primas, se solicitó desprendibles de pago de nómina, donde se encontró que si efectivamente cancelan dichas prestaciones.

“Y frente al caso del señor Luis Alberto Ramírez, en primer lugar, si lo afiliaron a salud, pensión, ARL, y caja de compensación familiar y si le cancelaron sus aportes como se ve a folios 62 al 67.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De tal manera, que la mora en el pago de aportes que se advierte acaeció en el mes de mayo, fue suplida por el empleador, existiendo pago de aportes el 15 de julio de 2016, esto es, incluso antes de darse por terminado el contrato de trabajo por el accionante, lo cual evidentemente no permite advertir un incumplimiento de obligaciones patronales que se estime como *sistemático*.

Nótese que, además que el 15 de julio de 2016 y el 3 de agosto de 2016 se solucionaron aportes del mes de junio y julio de 2016, respectivamente, y que no se aduce que la mora se haya prolongado en el tiempo, no acreditándose así la configuración de la justa causa que endilgara el trabajador y que encasillara en la causal atinente al *“incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales”*, regulada en el numeral 6º del literal b) del artículo 62 del C.S.T.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL18623-2016, Radicación No. 45760 del 6 de diciembre de 2016, señaló:

“Al respecto, el Tribunal no pudo cometer un yerro fáctico con el carácter de ostensible, por cuanto de las pruebas que apreció, efectivamente se desprenden las conclusiones a que arribó, como pasa a explicarse.

*“De las documentales de fls. 127, 130 y 131, que corresponden a las comunicaciones dirigidas al actor por la EPS Sanitas y la relación de pagos por aportes por salud efectuados por la empresa PAZMIÑO Y CIA S.E.C. en el año 2005, aparece que los ciclos de enero, febrero, abril y mayo se cancelaron oportunamente, **únicamente el de marzo se sufragó de manera retardada, lo cual muestra que la falta de pago oportuno de tales aportes, no fue una constante que permita establecer un incumplimiento sistematizado de la empleadora.** Nótese que lo certificado por la EPS no hace mención para nada a los aportes de los ciclos del año 2004.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

[...]

“Por lo dicho, el Tribunal no distorsionó el contenido de las pruebas reseñas, y las inferencias que obtuvo de ese material probatorio no se muestran descabelladas, por el contrario, son razonadas, máxime que los jueces de trabajo tienen la potestad de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos, en los términos consagrados en el art. 61 del CPT y SS.

“Adicionalmente, debe decirse, que no le merece a la Sala ningún reproche que el Tribunal sostenga, que la tardanza en el pago del aporte a la seguridad social en salud por un ciclo y el hecho de que le hubiera quedado debiendo al demandante un saldo menor del salario del mes de febrero de 2005, no deja de ser un incumplimiento contractual, en esta ocasión no se puedan calificar como un proceder «sistemático» en los términos sugeridos por la parte actora hoy recurrente en casación; pues la verdad, no fue una conducta patronal reiterada o continuada, ya que no está probado en el plenario ni con el recurso extraordinario que la empresa demandada estuviera pagando al accionante constantemente los sueldos en forma atrasada sin justificación alguna, o dejado de cancelar la cotización por salud de varios meses, que pusiera en riesgo la situación económica y la subsistencia del trabajador, como éste lo asevera en la carta de terminación del contrato visible a folios 122 a 126 que se repite a folios 180 a 184 del cuaderno principal, probanza que no fue denunciada por la censura.

En ese orden de ideas, estima la Sala que no se configuró la justa causa alegada por el trabajador, motivo que impele a revocar la condena impuesta por este aspecto.

4.5 Indemnización Moratoria:

Al respecto, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Ahora bien, el parágrafo primero del artículo 65 del C.S.T., consagra:

“PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

Frente a la intelección de dicha normativa, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia

“El fallador de segundo grado confirmó la absolución respecto de la indemnización prevista por el artículo 65 del CST, con fundamento en que el no pago de aportes a la seguridad social fue desvirtuado, ya que la empleadora los canceló, situación que evidenciaba buena fe, además, consideró que la simple ausencia de comunicación no permitía predicar per se su mala fe.

La parte recurrente cuestiona esa decisión, pues aduce que no se cumplió con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 64 del CST, según el cual, el empleador debe remitir al trabajador la comunicación sobre los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

comprobantes de los aportes al sistema de seguridad social y parafiscalidad del último trimestre laborado, lo cual no fue acreditado en el proceso. Estima que por ello procedía la condena por dicha sanción.

“[...]

*“De lo citado se aprecia que el informe que debe remitir el empleador al trabajador debe contener el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscales, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. **De ello se deriva que el «núcleo esencial de la norma» es «el de garantizar el pago oportuno al sistema de seguridad social y parafiscales propendiendo, además, por la protección del trabajador», tal como se dijo en CSJ SL7335-2014.***

“Con base en ello esta Sala ha considerado que lo que tal precepto sanciona es el incumplimiento del empleador a sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradoras de recursos parafiscales y no la falta al deber de comunicar el estado de cuentas al trabajador.

“En efecto, sobre el alcance de la citada normativa, en sentencia CSJ SL516-2013, en la que se reiteró la decisión CSJ SL, 30 en. 2007, rad. 29443, se indicó:

*[...] Y ya lo dijo el ad quem, al hacer suyas las consideraciones de esta Corte sobre el supuesto de hecho contenido en el citado Parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 en la sentencia 29443 de 2007, que lo que allí sanciona el legislador es el incumplimiento del empleador de sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradoras de recursos parafiscales y no, precisamente la falta al deber de comunicar el estado de cuentas al trabajador; por tanto, **si el ad quem dio por demostrado que el empleador estuvo al día por tales conceptos en los tres últimos meses calendario, no le quedaba otra alternativa que negar las pretensiones pertinentes.***

“[...]

“Por consiguiente, en los eventos en que se acredite el cumplimiento de las obligaciones del empleador, esto es, el pago de los aportes al sistema de seguridad social, se deriva la existencia de buena fe, como lo consideró el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tribunal, quien al advertir que la sociedad demandada había sufragado los aportes concluyó que estaba probado un actuar revestido de buena fe.

Descendiendo al *sub-examine* debe reiterarse que, si bien se presentó una suspensión por parte de la EPS, y que el pago se realizó de manera tardía, lo cierto es que el 15 de julio y el 3 de agosto de 2016, la empleadora solucionó los aportes pensionales, lo cual desvirtúa un actuar de mala fe, atendiendo que el contrato finiquitó el 22 de julio de 2016, sin advertirse una conducta patronal tendiente a menoscabar los derechos del trabajador, al punto que, se reitera, en la Resolución 2340 del 10 de agosto de 2017, el Ministerio del Trabajo, concluyó *“frente al caso del señor Luis Alberto Ramírez, en primer lugar, si lo afiliaron a salud, pensión, ARL, y caja de compensación familiar y si le cancelaron sus aportes como se ve a folios 62 al 67”*.

Así las cosas, la Sala también recoverará la condena emitida por concepto de indemnización moratoria. Lo anterior conlleva a revocar de igual manera la condena emitida de manera solidaria en contra del señor JIMMY ALEXANDER CALDERÓN.

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

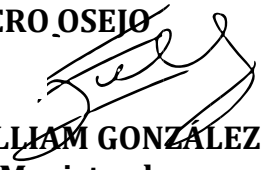
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia, en consecuencia, se **ABSUELVE** a los accionados, de todos los pedimentos de la demanda.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 19 2018 00693 01
 Demandante: SILCERIO ARMANDO TORRES RODRÍGUEZ
 Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLFONDOS S.A. a la abogada LILIANA RAMÍREZ CUERVO, identificada con la cédula de ciudadanía 20.866.177 y T.P. 239.359 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2023 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor SILCERIO ARMANDO TORRES RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la

nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., ordenándose así el retorno automático al régimen público administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se le ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

Que se declare y reconozca cualquier otro derecho distinto al pretendido en la demanda siempre y cuando se halle demostrado dentro del proceso en aplicación de las facultades *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 5 de junio de 1956, efectuando aportes pensionales desde el año 1980 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que en el mes de octubre de 1999 fue abordado por una asesora de COLFONDOS S.A. quien le comentó que se podría pensionar en cualquier tiempo, no se le informó las modalidades pensionales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se le indicó que el ISS se acabaría, no se le aclaró la forma de liquidar la pensión de vejez en el régimen privado, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda argumentando que el traslado del demandante ante sus dependencias obedeció al ejercicio de la autonomía de la voluntad, toda vez que el mismo fue una decisión libre y espontánea, informada y sin presiones. Adicionalmente, indicó que como entidad capacita a sus asesores comerciales de manera profesional, con el fin de que puedan transmitir la información completa y suficiente de manera oportuna, sobre las características y productos que ofrece el sistema general de pensiones, de forma

que sean los trabajadores en forma libre, voluntaria y con consentimiento informado quienes tomen las decisiones acerca de su traslado.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

COLPENSIONES refirió que en tratándose de la ineficacia perseguida por el demandante, no yace prueba dentro del expediente de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información al momento del traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo, sin que tampoco se advierta nota de protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del actor.

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

El Juzgado *a-quo* mediante proveído calendado el 19 de octubre de 2021 vinculó de manera oficiosa a la AFP PROTECCIÓN S.A.

En virtud de ello, PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda refirió que la afiliación del demandante ante sus dependencias constituyó un acto jurídico plenamente válido, emanado de la voluntad de la misma y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, que por demás no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas como las de la familia, dado que por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió afiliarse, sumado al hecho de que se encuentra inmerso en la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos

públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor SILCERIO ARMANDO TORRES RODRÍGUEZ, identificado con C.C. No. 19.388.509, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT No. 800.138.188-1, realizado el día 17 de marzo de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante SILCERIO ARMANDO TORRES RODRÍGUEZ, identificado con C.C. No. 19.388.509, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 12 de febrero de 1990, hasta la actualidad como si nunca se hubiera realizado trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A., identificada con NIT. No. 800.149.496-2, quien actualmente administra los aportes del demandante y a la PROTECCIÓN S.A., quien fue la AFP que realizó el traslado primigenio, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor SILCERIO ARMANDO TORRES RODRÍGUEZ, identificado con C.C. No. 19.388.509, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligado a recibir dichas sumas.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen. Por lo tanto, se **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Se condena en costas a PROTECCIÓN S.A.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia hizo mención a los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., los artículos 164, 165 y 167 del C.G.P., y 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, entre otros. A su vez, señaló que la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido sobre los traslados de regímenes pensionales que son las administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional.

Explicó que la información no se debe brindar sólo a los beneficiarios del régimen de transición, pues las AFP tienen el deber de información para con todos sus afiliados sin hacer distinción alguna. Recordó que cuando el afiliado afirma no haber recibido la información por parte del fondo, la carga de la prueba se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar.

En ese orden, encontró que la AFP PROTECCIÓN S.A. no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó al afiliado sobre las implicaciones, requisitos, condiciones, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, por el contrario, lo que expuso el demandante fue que ni siquiera recordaba la forma en que se circunscribió el formulario de afiliación primigenio al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como que dicho formulario no es plena prueba para demostrar lo pertinente.

Adicionalmente, indicó que tampoco existió prueba fehaciente de la afiliación que llevara a cabo el actor ante COLFONDOS S.A.; circunstancia por la cual, declaró la ineficacia del traslado y ordenó a la referida COLFONDOS S.A., AFP donde se encuentra vinculada la actora en la actualidad, la devolución de las sumas que obran en la cuenta del actor, junto con los demás conceptos que señaló a COLPENSIONES debidamente indexados o actualizados.

Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en el hecho de que debe condenársele en costas procesales COLFONDOS S.A., como quiera que es el fondo pensional donde se encuentra afiliado en la actualidad, de allí que el mismo también se encontraba obligado a suministrar la información dispuesta tanto en los preceptos legales como jurisprudenciales.

COLPENSIONES por su parte se deben tener en cuenta los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al deber de información, toda vez que, aun cuando la carga de la prueba se encuentra en cabeza de las AFP por ser las entidades expertas en la materia, dicha información para entonces se demostraba con el formulario de afiliación, por lo que debe analizarse el interrogatorio de parte del demandante al afirmar no tener conocimiento de cómo se efectivizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante ante la AFP



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 17 de marzo de 1995 y ante la AFP COLFONDOS S.A. el 9 de febrero de 1999, última donde se encuentra vinculado en la actualidad (Fl. 45 – PDF 01 DEMANDA ANEXOS y fl. 18 – PDF 20 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el aquí demandante señor SILCERIO ARMANDO TORRES RODRÍGUEZ en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de

la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, de allí que en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPESNIONES.

Por último, en el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante solicitó la imposición de costas procesales respecto de COLFONDOS S.A. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

De esa forma, al haber sido evidente que COLFONDOS S.A. es el fondo pensional donde se encuentra afiliado en la actualidad el demandante, adicional a que en la contestación de la demanda la referida encartada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue a ciertas órdenes a razón de la declaratoria de ineficacia, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., última AFP donde se encuentra afiliado el actor en la actualidad, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración

indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora.

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

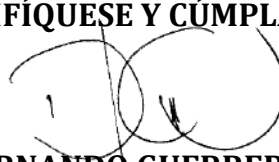
De la misma forma, deberá proceder PROTECCIÓN S.A., a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración sobre los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el entendido de CONDENAR a COLFONDOS S.A. a las costas de primer grado.

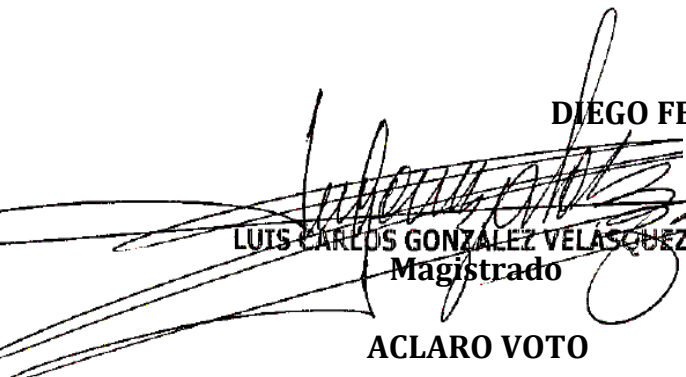
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

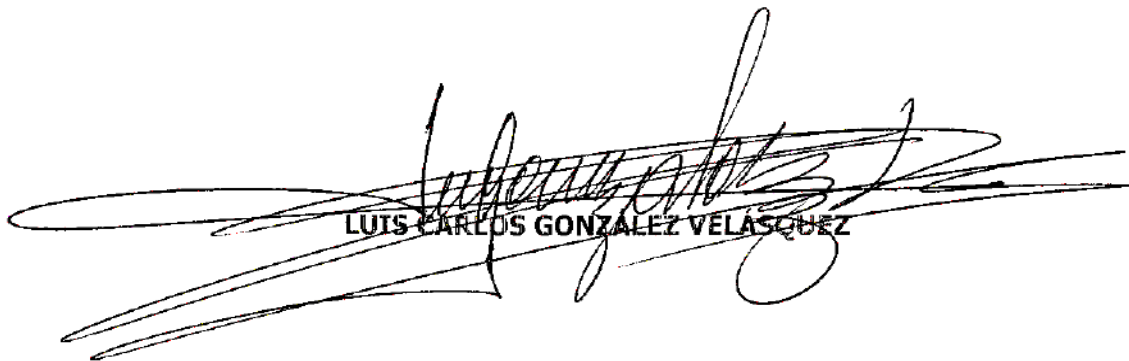
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 19 2018 00693 01 DE SILCERIO
ARMANDO TORERES RODRÍGUEZ contra COLPENSIONES,
PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

Ordinario Laboral 1100131050 20 2021 00367 01
Demandante: PAOLA ANDREA MARTÍN BARACALDO
Demandado: INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 14 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora PAOLA ANDREA MARTÍN BARACALDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S., a fin de declararse que existió un contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades desde el 15 de marzo de 2018 hasta la culminación de la obra o labor contratada, o como resulte demostrado en juicio, empresa que a su vez vulneró sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada por embarazo, debido proceso, remuneración mínima, vital y móvil, trabajo en condiciones dignas y justas, salud e igualdad.

Asimismo, se declare que la culminación de la relación laboral se produjo sin justa causa imputable al empleador, sin que hubiese finalizado el plazo presunto de la obra contratada en la concesión SISGA o como resulte probado en el proceso.

Por consiguiente, se condene a la encartada a pagar la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T., cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, cuotas partes de las cotizaciones a pensión, indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., sanción por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

En forma subsidiaria, se declare ineficaz el finiquito laboral por tratarse de una trabajadora con estabilidad laboral reforzada al encontrarse en condición de embarazo, o como resulte probado en el proceso.

En virtud de lo anterior, se le ordene a la demandada vincularla sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando o a otro de similar categoría y salario hasta que finalice la obra contratada en la concesión del SISGA, así como que se le condene al pago de salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos legales y extralegales dejados de percibir entre la calenda de retiro del servicio y el reintegro, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 15 de marzo de 2018 suscribió contrato de obra o labor con la empresa INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S., con la finalidad de desempeñar el cargo de Controladora Vial, pactándose un salario mensual de \$880.000.



Que la obra o labor para la cual se le contrató fue para desempeñar sus funciones en la concesión del SISGA, con un horario de 6.00 a.m. a 6:00 p.m., laborando mayormente de domingo a domingo, así como que no le fue suministrada copia del contrato de trabajo.

Expuso que el 20 de mayo de 2018 falleció su padre, situación por la que la empresa demandada le concedió 5 días de permiso, al igual que según examen de laboratorio, para el 15 de junio de esa misma anualidad se encontraba en estado de embarazo.

Que para el 15 de junio de 2018 suministró de buena fe al ingeniero GUSTAVO SÁNCHEZ, encargado del personal, copia del examen de laboratorio de gravidez con resultado positivo, quien manifestó ponerlo en conocimiento a la empresa, siendo testigo de tal situación el trabajador OSCAR FABIÁN JIMÉNEZ PERILLA.

Al unísono, adujo que la demandada quedó adeudándole horas extras correspondientes al mes de junio y festivos del 20 y 22 de julio de 2018, al igual que para el 24 de junio de esa anualidad, fue diagnosticada con amenaza de aborto según da cuenta la epicrisis del E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE FACATATIVÁ.

Que el mismo 24 de junio de 2018 inició su primera incapacidad por 15 días por el periodo comprendido entre el 24 de junio y el 8 de julio de 2018, una segunda incapacidad por días entre el 5 y el 15 de julio de 2018, una tercera incapacidad de 10 días entre el 24 de julio y el 2 de agosto de 2018, una cuarta incapacidad de 15 días entre el 2 y el 16 de agosto de 2018 y una quinta incapacidad de 3 días entre el 16 y el 18 de agosto de 2018, todas con ocasión de una amenaza de aborto.

Mencionó que el 27 de agosto de 2018, al llegar a la empresa le fue entregado escrito por medio del cual se daba por finalizado su contrato de trabajo, con el argumento que el contrato No. 42 para el cual fue contratada había finalizado el 30 de julio de 2018, por lo que en cumplimiento de lo estatuido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., ya no se requerían sus servicios, lo que conllevó a que ese mismo día citara a la empresa a una conciliación extrajudicial ante el MINISTERIO DEL TRABAJO, la cual se declaró fracasada el 24 de octubre de 2018.

Que finalizado el contrato de trabajo, la empresa teniendo conocimiento de su estado de embarazo, no le canceló los salarios correspondientes hasta su licencia de maternidad, ni las prestaciones sociales de ley, por lo que el 27 de septiembre de 2018 vía *WhatsApp*, la demandada le notificó que su liquidación no había sido consignada a su cuenta bancaria, sino al Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas.

Indicó que el 1º de noviembre de 2018 a través de derecho de petición con destino a la encartada, se solicitó copia del contrato y carta de su terminación, pero ante la omisión de la empleadora, se vio obligada a instaurar acción constitucional de tutela para así obtener la documentación requerida.

Refirió que el 6 de diciembre de 2018 ingresó por urgencias al HOSPITAL SAN MARTÍN DE CHOCONTÁ por complicaciones en su embarazo, el 7 de diciembre de 2018 la remitieron a la CLÍNICA JUAN N CORPAS donde le brindaron una atención materna por muerte intrauterina, dándosele salida el 8 de diciembre de 2018 y entregándole el gestante fallecido el 1º de febrero de 2019 previa necropsia que se le practicó.

Por último, señaló que el 1º de febrero de 2019 la CLÍNICA JUAN N CORPAS entregó el acta de necropsia, siendo las incapacidades prueba del conocimiento que la encartada tenía sobre su estado de embarazo, omitiendo

su deber de cuidado, así como que el 20 de mayo de 2021 elevó reclamación escrita con el objetivo de interrumpir la prescripción de todas las prestaciones y derechos mediante correo electrónico y certificado, la cual fue respondida el 18 de junio de 2021.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S. contestó la demanda, indicando que el vínculo laboral que suscribió con la demandada fue de obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 15 de marzo y el 27 de julio de 2018, el cual finalizó precisamente con ocasión de la culminación de la obra o labor por la que se le vinculó.

En lo que atañe al estado de embarazo alegado por la trabajadora señora PAOLA ANDREA MARTÍN BARACALDO, refirió que no se tuvo conocimiento de dicha situación, sin que así exista violación alguna de los derechos deprecados por la demandante.

Formuló como medios exceptivos los denominados desaparecimiento de objeto de protección constitucional, falta de inmediatez para la protección solicitada y la genérica.

A su vez, la demandada INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S. promovió llamamiento en garantía respecto de la EPS CONVIDA EN LIQUIDACIÓN, argumentando para lo pertinente que era la entidad promotora de salud donde se encontraba afiliada la demandante, de allí la responsable del pago de la licencia de maternidad perseguida.

En virtud de ello, la EPS CONVIDA EN LIQUIDACIÓN arguyó en su contestación que, como entidad promotora de salud, cumplió a cabalidad con sus obligaciones legales frente al tema de la cobertura en salud frente a la

demandante señora PAOLA ANDREA MARTÍN BARACALDO durante la vigencia de la relación que ella tuvo como afiliada al régimen contributivo y, posteriormente, como afiliada al régimen subsidiado.

Propuso las excepciones de ausencia de responsabilidad frente al pago de la licencia de maternidad, inexistencia del derecho a la licencia de maternidad y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de marzo de 2023, declaró que entre la demandante y la encartada existió un contrato de trabajo de obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 15 de marzo y el 27 de agosto de 2018.

Por consiguiente, condenó a INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S. cotizar al sistema de seguridad social en pensiones donde se encuentra afiliada la demandante si no lo ha hecho, el porcentaje que corresponde a los aportes adeudados con base en un S.M.L.M.V. entre el 15 de marzo y el 27 de agosto de 2018, previo cálculo actuarial que deberá realizar la administradora pensional, junto con el pago de salarios, vacaciones y prestaciones sociales correspondientes a la fecha del finiquito laboral, esto es, 27 de agosto de 2018, hasta el momento en que la actora cumpliera la licencia de maternidad si hubiera llegado a término de embarazo.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que teniendo en cuenta el caudal probatorio acreditado al plenario, en concordancia con la normativa laboral vigente, entre las partes existió un contrato de trabajo de obra o labor contratada cuyos extremos se comprendieron entre el 15 de marzo y el 27 de agosto de 2018.

Seguidamente, continuó su análisis en lo que atañe a las pretensiones de carácter condenatorio, por lo que en tratándose de la indemnización por despido sin justa causa, mencionó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que al trabajador solo le basta con demostrar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador desvirtuar que las conductas que conllevaron al finiquito se ajustan a derecho, coligiendo que brilla por su ausencia la presunta comunicación argüida por la demandante donde se le informó la terminación alegada, adicional a que, el caudal probatorio da cuenta que en efecto la culminación laboral sucedió con ocasión de la finalización de la obra o labor por la cual se le contrató a la señora PAOLA ANDREA MARTÍN BARACALDO teniendo en cuenta los preceptos de los artículos 45 y 61 del C.S.T., ello por cuanto se le contrató para desempeñar la labor de Controladora Vial dentro del contrato de la concesión SISGA dentro del contrato de ejecución de obra No. 42 suscrito el 5 de febrero de 2018 entre la demandada INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S. y ORTÍZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. SUCURSAL COLMBIA, donde en su cláusula cuarta se pactó que el término del contrato era de 5 meses y medio y que finalizara el 29 de agosto de 2018, de allí que dispusiera absolver sobre esta súplica ya que se demostró que el finiquito fue legal.

Frente a la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, expuso el *a-quo* que obra plena prueba que la demandada INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S. efectuó ante el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas un título judicial por valor de \$814.726 que fuese autorizado para pago el 2 de octubre de 2018, por lo que consideró que con dicha cancelación se canceló a plenitud la liquidación de prestaciones sociales adeudadas a la actora como consecuencia de la finalización de la relación laboral y, en tal sentido, absolvió por estos conceptos.

En cuanto a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indicó que deben ser consignados a la respectiva entidad administradora o fondo de

pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, por lo que teniendo en cuenta que entre las partes se acreditó la existencia de una relación laboral por el periodo comprendido entre el 15 de marzo y el 27 de agosto de 2018, correspondía al empleador llevar a cabo los aportes conforme al salario devengado por la actora; circunstancia por la cual, en virtud de que no yace prueba alguna de que la señora PAOLA ANDREA hubiese sido afiliada al régimen contributivo, condenó al pago de estos aportes en la administradora pensional donde se encuentre la afiliada, si no lo hubiese hecho aún, en el porcentaje que le corresponda sobre los aportes adeudados teniendo en cuenta un S.M.L.M.V. que fue el acreditado en juicio, previo cálculo actuarial que deba llevarse a cabo por la administradora pensional.

En lo que tiene que ver con la sanción por la no consignación de las cesantías reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, concluyó que no había lugar a pago alguno en la medida que la relación laboral se comprendió entre el 15 de marzo y el 27 de agosto de 2018, sin que se extendiera hasta el 31 de diciembre de esa anualidad, tópico por el que no se había constituido un rubro objeto de sanción.

Expuso que con relación a la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., conforme lo ha adoctrinado el órgano de cierre la misma debe analizarse a la luz de la buena o mala fe del empleador para el pago de salarios y prestaciones sociales, coligiendo entonces que la demandada al momento de la terminación de la relación laboral pagó lo debido por cuanto consignó un título valor y que fuese objeto de entrega por el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas el 2 de octubre de 2018, depósito que por demás fue consignado el 21 de septiembre de 2018, absolviendo de esta súplica.

Absolvió en lo que respecta a los perjuicios con el argumento de que en el expediente no se probó una situación derivada para su configuración, máxime si la demandante no argumentó su petición.

Continuó su análisis de las pretensiones subsidiarias, indicando que en lo que concierne a la estabilidad laboral reforzada por el fuero de maternidad, en virtud de los preceptos legales y jurisprudenciales, especialmente lo regulado por la Corte Constitucional en sentencia SU-075 de 2018, se ha indicado que independientemente de la modalidad contractual que rijan la relación laboral, si la trabajadora no da aviso al empleador acerca de su estado de embarazo durante el vínculo contractual, no se configura la estabilidad laboral reforzada, independientemente si se aduce una justa causa o no para la finalización del contrato.

Que dicha decisión constitucional también ha dejado claro que el grado de protección judicial derivado del fuero de maternidad y lactancia, dependerá si el empleador conocía del grado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral, existiendo distintos grados de protección como lo es el (i) reintegro de la trabajadora, (ii) el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, (iii) las indemnizaciones previstas en el C.S.T. y, (iv) reconocer las cotizaciones durante el periodo de gestación y hasta que la trabajadora tenga derecho a la licencia de maternidad.

Asimismo, adujo que el precedente jurisprudencial también alude que no es necesaria la comunicación escrita del embarazo para que la trabajadora tenga derecho a la protección de esta estabilidad, coligiendo entonces que la comunicación no es requisito para establecer si existe fuero de maternidad, sino para determinar el grado de protección que debe brindarse, adicional a que el conocimiento del empleador del embarazo no reviste mayores formalidades puesto que puede darse por medio de la notificación directa o escrita, con la configuración de un hecho notorio o con la noticia de un tercero.

Por ello, concluyó que la estabilidad no depende desde el momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre la trabajadora; sin embargo, la notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar, recalando que siempre que exista duda si el empleador conocía o no el estado de embarazo de la trabajadora, opera la presunción de despido con ocasión del embarazo en los términos del artículo 239 del C.S.T.

Adentrándose al análisis del asunto de marras, expuso no encontrarse en discusión que la trabajadora al momento del despido se encontraba en estado de embarazo al momento del despido, como quiera que con la demanda se aportó el estado de gravidez del 15 de julio de 2018, así como que yace prueba historial clínico acerca del embarazo e incapacidades derivadas del mismo, pero a pesar de ello, concluyó que no se probó que la demandada tuviese conocimiento del embarazo, sino tiempo después de la finalización de la relación laboral.

Sin embargo, decidió que esa situación no era óbice para no declarar la estabilidad del fuero perseguido; en tanto, teniendo en cuenta la libre apreciación de la prueba al tenor de lo reglamentado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., el empleador conoció con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo acerca del embarazo de la demandante, más exactamente, en el mes de agosto de 2018 cuando se le citó a la empleadora ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y en el mes de octubre de esa misma anualidad se surtió la audiencia de conciliación, por lo que al ser un derecho fundamental, fue allí donde debió resguardar la garantía, aspectos todos por lo que otorgó el amparo atendiendo también el principio de la solidaridad y la lactancia como garantía de los derechos del menor.



Al unísono, expuso que de la historia clínica de la demandante se aprecia que la demandante sufrió un aborto el 7 de diciembre de 2018 con 24 semanas de gestación, por lo que de haber llegado al término del embarazo, le asistía derecho al reconocimiento y pago de la licencia, lo que conllevó a condenar a la demandada el pago de salarios, vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social desde el momento de la finalización del contrato de trabajo, esto es, 27 de agosto de 2018, hasta el momento que la demandante cumpliera la licencia de maternidad si hubiese llegado al término del embarazo.

En últimas, mencionó no gozar de prosperidad la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó que la sentencia de primera instancia carece de una valoración probatoria integral, existiendo una contradicción evidente entre el razonamiento hecho por el Juzgado y la parte considerativa, como quiera que si bien quedó plenamente demostrado que la parte demandante no probó haber comunicado en debida forma el estado de embarazo, como tampoco demostró que el finiquito sucediera con ocasión de la gestación que presentaba.

Por el contrario, lo que se demostró fue que la finalización del contrato de trabajo obedeció a una justa causa ante la culminación de la obra o labor contratada por la que se le vinculó a la actora, reiterando que esas circunstancias conllevan a concluir que, si la actora no notificó dentro de la vigencia del contrato su estado, resulta improcedente la condena determinada por el operador de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta el único punto reprochado por la parte demandada en el recurso de alzada, la Sala auscultará si la demandante goza del fuero de maternidad alegado y, por consiguiente al pago de las condenas impuestas sobre la garantía, tales como pago de salarios, vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social desde el momento de la finalización del contrato de trabajo, esto es, 27 de agosto de 2018, hasta el momento que la demandante cumpliera la licencia de maternidad si hubiese llegado al término del embarazo.

c. Del contrato de trabajo:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, menester resulta poner de presente que no fue objeto de reproche que entre la aquí demandante señora PAOLA ANDREA MARTÍN BARACALDO y la empresa demandada INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S., existió un contrato de trabajo de obra o labor determinada, comprendido entre el 15 de marzo y el 27 de marzo de 2018, donde la actora devengó como última retribución salarial un S.M.L.M.V., el cual finalizó por la expiración del plazo pactado.

d. De la estabilidad laboral reforzada por la situación de embarazo:

Una vez determinado lo anterior, se debe señalar que al tenor de lo preceptuado por el artículo 239 del C.S.T., se ha considerado que no produce efectos el despido perpetrado en el momento del embarazo o durante los tres meses posteriores al parto, presumiéndose que tal actuación obedece a un acto discriminatorio por causa o en razón del embarazo, cuando no se cuenta con la debida autorización del Inspector del Trabajo.

Igualmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral morigeró su criterio frente a la terminación del contrato a término fijo cuando la trabajadora está en embarazo, reorientando su postura hacia la protección a la maternidad prevista en el artículo 43 constitucional y demás normativa interna vigente como lo son los artículos 239, 240 y 241 del C.S.T., complementada con los diferentes instrumentos internacionales que propenden no solo por eliminar la discriminación por esa especial condición, sino también por otorgar un apoyo mínimo en el ámbito laboral, durante el embarazo y en el lapso que transcurre con posterioridad al parto *-licencia de maternidad-*, consistente en la prohibición de que la trabajadora sea despedida durante dicho interregno y con ocasión de ello, instrumentos internacionales como lo son los Convenios 3 de 1919, 103 de 1952 y 183 de 2000, en concordancia con la Recomendación 191 de 2000.

Por lo tanto, en la actualidad la ley y la jurisprudencia propenden por constituirse en medida real de protección, denominada fuero de maternidad, que debe garantizarse por parte del empleador independientemente del tipo de contrato laboral que una a la trabajadora que se encuentre embarazada en vigencia del mismo, pues en todo caso, la finalidad de aquélla es proteger a la madre y al hijo que está gestando.

Por ello, aun cuando la expiración del término pactado en los contratos a término fijo no constituye una causa de despido, sino un modo de terminación del mismo, lo cierto es que, de esas dos situaciones, converge una misma

consecuencia, cual es, que la trabajadora queda cesante, circunstancia cuya ocurrencia es la que precisamente se pretende evitar, en aras de un efectivo amparo de la trabajadora y de aquél que está por nacer.

Adicionalmente, el órgano de cierre ha mantenido su postura que en concordancia con el amparo de fuero de maternidad estatuido en el artículo 239 del C.S.T., resulta necesario como tópico piramidal que el empleador conozca del estado de la trabajadora, así lo reseñó en forma doctrinaria en la sentencia SL-351-2021, Radicación No. 73770 del 10 de febrero de 2021:

“Se recuerda que el Tribunal para confirmar la decisión absolutoria de primer grado, consideró que conforme al material probatorio arrimado al informativo, al momento en que la empresa decidió dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo a la promotora, el 1 de marzo de 2012, esta no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo en el cual se encontraba la señora Herrera, y que ni siquiera la propia trabajadora lo sabía, con base en lo cual concluyó que esa desvinculación no obedeció a la gravidez, razones por las que no había lugar a aplicar las presunciones previstas en el artículo 239 del CST.

“Pues bien, para dar respuesta a la censura, de entrada debe señalarse que la razón no está de su parte, pues contrario a lo afirmado por ella, no es cierto que el Tribunal haya soslayado la aplicación del artículo 239 del CST, toda que como fácilmente se escucha en el audio que contiene la sentencia, fue uno de los pilares en que fundó su decisión, solo que con acierto advirtió, que no podía hacerle producir los efectos que allí se consagran, en tanto que la presunción allí establecida no había operado, por cuanto halló demostrado que la accionada para el momento en que decidió finalizar el vínculo contractual que la unía con la promotora del litigio, no tenía conocimiento del estado de gestación en que ella se encontraba, y que incluso, la misma actora confesó en el interrogatorio de parte que comunicó tal situación a la convocada al proceso, solo hasta después del finiquito de la relación laboral.

“Ahora bien, no sobra aclarar, que aun cuando la demandante para la fecha en la cual se venció su contrato de trabajo el 1 de marzo de 2012, ya se encontraba embarazada, no puede perderse de vista que para ese entonces tal hecho no era notorio como lo quiere hacer ver la recurrente, pues ni siquiera era de conocimiento de la propia trabajadora, toda vez que en ese momento solo contaba con pocas semanas de gestación, conforme se infiere del certificado médico expedido el 9 de marzo de 2012,

de tal suerte que si la señora Herrera no era conocedora de su propia gravidez para la data en que culminó su contrato de trabajo, mucho menos puede pretenderse que su empleador por simple vista o factores externos, fuera conocedor de ese hecho.

*“En ese orden, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gestación de la trabajadora, cuando termino su contrato, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, **pues mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que su decisión obedeció a ello.***

“Sobre este puntal aspecto, esto es, la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección laboral de la mujer en estado de gravidez, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL7270-2015, en donde sostuvo:

“[...] tal como quedó señalado en el devenir procesal, el Tribunal halló demostrado: (i) que la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, obedeció a la decisión unilateral y sin justa causa del empleador, a partir del 14 de junio de 2007; (ii) que posteriormente, la actora notificó su estado de embarazo, mediante misiva de fecha «26 de junio» de ese mismo año, y (iii) que la accionada a través de la comunicación adiada 29 de junio de 2007, le informó a la demandante que su comunicación carecía de «efecto jurídico laboral».

“[...]

“Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad-a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-,se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso, luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad [...].

“En esa línea, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gravidez de la trabajadora, cuando procedió a su despido, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues como se dijo en precedencia, mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que la decisión obedeció a ello.

“En efecto, acerca de la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección al empleo, esto es, sobre la información que oportunamente suministra la trabajadora grávida, esta Sala de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en la CSJ SL, 28 sep.

1998, rad. 10993, reiterada en decisiones CSJ SL, 28 oct. 2002, rad. 18493, CSJ SL, 22 feb. 2007, rad. 29016 y CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, en la cual adocrinó:

***“[...] La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. Si el conocimiento patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección.*”**

***“Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba.*”**

***En síntesis, si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido.*”**

***“Entonces tampoco resultaba viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al embarazo de la accionante, en tanto, en el sub lite no concurrió el requisito del conocimiento de la gestación previo al despido y, en consecuencia, el*”**

juez de alzada tampoco incurrió en el yerro jurídico que se le enrostra. (subrayado fuera del texto original).

“En este orden, siguiendo las anteriores enseñanzas jurisprudenciales, no resulta viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al estado de gestación de la accionante, por cuanto se itera, el mismo no era de conocimiento del empleador, lo que descarta de tajo que esa decisión de la empresa tuviera como móvil el que la actora estuviese embarazada”.

En síntesis, la Corte ha trazado la línea de que el amparo de la estabilidad laboral reforzada por el fuero de maternidad a menos que se trate de un hecho notorio, requiere de la notificación al empleador del estado de gestación, pues el conocimiento de la situación de gravidez previo al despido es un requisito indispensable para que se produzca el fuero, ya que mientras que el empleador desconozca del embarazo, no es factible presumir que la decisión de terminación de la relación laboral obedeció al mismo, así lo ha sostenido recientemente en decisiones como la SL1137-2023, Radicación No. 92652 del 24 de mayo de 2023, SL1149-2023, Radicación No. 94449 del 24 de mayo de 2023, entre otras.

Bajo este entendimiento, contrario a lo decidido por el operador de instancia, a juicio de la Sala no se cumplió con el presupuesto de que la demandante hubiese comunicado a la empresa empleadora durante la vigencia de su contrato de trabajo comprendida entre el 15 de marzo y el 27 de agosto de 2018, situación alguna acerca de su estado de embarazo, como tampoco que se hubiese configurado un hecho notorio del mismo.

Nótese que, del caudal documental acreditado al plenario, no se discutió que en efecto la demandante se practicó el día 15 de junio de 2018 examen de embarazo el cual arrojó positivo (Fl. 11 – PDF 01DEMANDA ANEXOS).

A pesar de ello, si bien obra plena prueba de que la actora a razón de su gestación presentó circunstancias delicadas en su salud, tales como diferentes incapacidades comprendidas entre 24 de junio y el 8 de julio de 2018, entre el 24 de julio y 2 de agosto de 2018 y entre el 16 y el 18 de agosto de 2018, y que para el mes de diciembre de esa misma anualidad sufrió el catastrófico hecho de pérdida de su gestante como lo demuestra el registro civil de defunción e historia clínica y epicrisis como consecuencia de afectaciones en su salud a razón de su embarazo (Fls. 12, 13 a 18 y 30 a 86 – PDF 01DEMANDA ANEXOS), lo cierto es que no yace prueba documental que advierta el conocimiento del empleador acerca de su situación.

Lo anterior inclusive se acompasa con las declaraciones rendidas por los señores ALEXANDER GARCÍA – Coordinador del Área de Salud Ocupacional de la empresa –, y el señor IVÁN DARI MONTAÑO – trabajador de la empresa –, quienes fueron contestes en señalar que la demandante en ningún momento acreditó algún tipo de incapacidades, ni mucho menos información acerca de su embarazo.

Y es que la Sala puede asignar credibilidad a lo manifestado por el Coordinador del Área de Salud Ocupacional de la demandada, pues expuso precisamente que, con ocasión a su cargo, sus funciones consistían en gestionar la información de los trabajadores como lo eran incapacidades y más importante aún la comunicación del estado de embarazo que es el punto álgido dentro del asunto de marras.

De otra parte, si bien la demandante expuso en su interrogatorio de parte que comunicó la situación de su embarazo al señor GUSTAVO SÁNCHEZ, sujeto encargado de la obra, de dicha situación como ya se recalcó no yace prueba, adicional a que, tanto el Representante Legal de la demandada como el señor ALEXANDER GARCÍA fueron también concordantes en exponer que el mencionado señor GUSTAVO SÁNCHEZ no se encontraba autorizado para



recibir el tipo de documentación ya referenciado, puesto que eso debía ser analizado por el área de talento humano, aspecto último que derruye el dicho de la actora en el interrogatorio de parte absuelto al exponer que la documentación se la comunicó al señor GUSTAVO SÁNCHEZ, talante último del que no milita prueba fehaciente.

También debe destacarse que a pesar de que la actora trajo a juicio al testigo señor OSCAR FABIÁN JIMÉNEZ PERRILLA (tachado de sospecha), quien mencionó ser la pareja sentimental de la demandante y ser compañeros de trabajo para el momento de la ocurrencia de los hechos perseguidos en el petitum; si bien refirió en su declaración constarle que la actora comunicó en reuniones al señor GUSTAVO SÁNCHEZ acerca de su estado de embarazo, este aspecto no goza de congruencia frente a los propios dichos de la demanda, más específicamente en el supuesto fáctico 8, ya que allí se alude que el mismo día del conocimiento del embarazo que lo fue el 15 de junio de 2018 fue se le comunicó al señor GUSTAVO SÁNCHEZ lo de su cargo.

En este punto, también milita en el expediente una declaración extraproceso del mismo señor OSCAR FABIÁN JIMÉNEZ PERRILLA rendida el 11 de mayo de 2021 (Fls. 96 a 97 – PDF 01DEMANDA ANEXOS), donde indicó como relato que la comunicación del estado de embarazo que realizó la actora a la empresa lo fue el 11 de mayo de 2021, situación que evidencia una notoria contradicción con los expuesto en la declaración rendida en juicio, de ahí que la Sala pueda considerar no valorarlo como prueba contundente acerca de que se surtió la comunicación de embarazo a la empleadora.

Ahora, el Juez de instancia sopesó su argumento para el reconocimiento a la estabilidad laboral en el hecho de que operaba la protección por cuanto la empleadora con ocasión de la citación ante el Ministerio del Trabajo por parte de la trabajadora se enteró de la situación de su embarazo, diligencia que se surtió el 24 de octubre de 2018 previa citación que se llevará a cabo el 10 de

octubre de la misma anualidad como da cuenta el respectivo documento (Fls. 19 a 21 – PDF 01DEMANDA ANEXOS).

Su postura de cae de peso ya que como se insistió, la demandante no demostró en juicio haber notificado a la demandada sobre su embarazo por lo menos hasta el finiquito laboral que lo fue el 27 de agosto de 2018, por lo que no puede avalar la Sala que por el hecho de que tiempo después como lo fue el mes de octubre de 2018, la trabajadora hubiese referido conductas derivadas el embarazo, ese tópico permita la protección de la estabilidad, ya que no se enmarca dentro de las exigencias mínimas para la configuración de la figura objeto de análisis.

En otro giro, tampoco se podría la configuración de un hecho notorio para la constitución de esta garantía aforal, toda vez que según lo advierte la historia clínica de la demandante expedida el 6 de diciembre de 2018 (Fl. 48 – PDF 01DEMANDA ANEXOS), fecha del lamentable acaecimiento de la pérdida de su gestante, contaba con 24 semanas de gestación, lo que significa que para el finiquito laboral ocurrido el 27 de agosto de 2018, tenía aproximadamente 11 semanas de embarazo, atmósfera que a juicio de la Sala no constituía no se constituía en un hecho visible para el empleador.

Así las cosas, en atención de la anterior valoración probatoria, la Sala puede concluir que dentro del presente asunto no operó la estabilidad laboral por fuero de maternidad deprecado por la demandante, pues palmario resulta que teniendo en cuenta los postulados tanto legales como jurisprudenciales, si bien el estado de embarazo es un resguardo ineludible para aquellas trabajadoras que lo ostentan, lo cierto es que para su activación *prima facie* debe ser requisito *sine qua non* el conocimiento del empleador sobre la condición, aspecto que no se configuró puesto que claramente de las probanzas enunciadas quedó consignado que la comunicación del embarazo se le notificó a INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S.

Y es que si en gracia de discusión se tuviese en cuenta la aplicabilidad de la postura emanada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018 como lo alude el extremo demandante en su alzada, tampoco le asiste derecho alguno para la activación de este fuero de maternidad, como quiera que para su amparo el órgano de cierre constitucional en dicha decisión también puso de presente que para que opere esta figura se necesitan requisitos mínimos, así lo adujo:

*“Debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013, a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia: (i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente: (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. (ii) **No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.**”*

Por las consideraciones expuestas, habrá de revocarse lo decidido por el *a-quo* acerca del amparo a la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad y, consecuentemente el pago de salarios, vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social desde el momento de la finalización del contrato de trabajo que la demandante cumpliera la licencia de maternidad.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de apelación gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN



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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada INGENIERÍA Y TRANSPORTES LAMD S.A.S., del amparo a la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad y, consecuentemente el pago de salarios, vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social desde el momento de la finalización del contrato de trabajo que la demandante cumpliera la licencia de maternidad, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de alzada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 20 2021 00541 01
Demandante: JAIME SOLANO MEDINA
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIME SOLANO MEDINA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN – UGPP, con la finalidad que se le condene a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional a partir del 5 de febrero de 2005, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y el sindicato SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001,

así como que se le condene a liquidar la prestación en cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos 3 años de servicio por haber adquirido su derecho pensional entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016.

Asimismo, que se condene a la entidad pagar la pensión teniendo en cuenta la diferencia del 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos 3 años de servicio por haber adquirido su derecho pensional entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016 y la pagada por COLPENSIONES en el periodo de tiempo que corresponda.

Por último, que se condene a la entidad cancelar la prestación teniendo en cuenta 14 mesadas pensionales al año, junto con el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la cancelación de la bonificación regulada en el artículo 103 convencional, indexación de las condenas, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró al servicio del extinto ISS por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 1986 y el 25 de junio de 2003 para un total de 20 años y 3 meses, interregno respecto del cual ostentó la calidad de trabajador oficial.

Refirió que nació el 5 de febrero de 1960, cumpliendo 55 años de edad el mismo día y mes de la anualidad 2015, así como que en los últimos 3 años de servicios percibió una asignación básica, incremento de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, reconocimiento por servicios, prima de vacaciones, valor de trabajo nocturno, suplementario y en horas extras, y valor del trabajo en días dominicales y feriados.

Que es beneficiario de las prerrogativas dispuestas en los artículos 3º, 98 y 103 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche, así como lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para acceder a la prestación aquí deprecada, pero a pesar de ello y luego de reclamar la misma, la entidad demandada negó lo de su cargo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que la convención deprecada fue derogada en virtud de la ley, como quiera que en tratándose de derechos adquiridos en el marco del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, estos solo cobijan aspectos prestacionales y omiten los salariales, excluyendo además prerrogativas de la convención.

Que en la convención se determinó que durante su vigencia los contratos de trabajo regían conforme al artículo 467 del C.S.T., lo que implica que solo es aplicable en materia pensional mientras el trabajador reúna los requisitos de edad y tiempo en este término, de allí que al pretender el actor el cumplimiento de los requisitos pensionales el 5 de febrero de 2015, la convención ya había perdido vigencia.

Expuso que, desde otro punto de vista, debe indicarse que el Acto Legislativo 01 de 2005, en su artículo 1º, parágrafo 3, dispuso que las prestaciones pactadas de forma extralegal entre los empleadores y trabajadores serían garantizadas; sin embargo, el referido acto legislativo también pone un límite temporal al reconocimiento de las prestaciones convencionales que lo fue el 31 de julio de 2010.

Formuló como medios exceptivos los denominados derogatoria normativa de la convención colectiva e improcedencia de aplicación de la convención

colectiva, derogatoria normativa de la convención colectiva por la Ley 100 de 1993, improcedencia de aplicación de la convención colectiva por falta de requisitos legales, existencia de compartibilidad pensional, inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de las mesadas adicionales, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia de intereses moratorios e indexación, improcedencia de la condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Mediante proveído calendado el 1º de septiembre de 2022 se vinculó al trámite procesal a COLPENSIONES, entidad que contestó la demanda exponiendo que la pretensión encaminada al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de carácter convencional se encuentra dirigida única y exclusivamente a la UGPP, configurándose así una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adicionalmente, mencionó que al aquí demandante mediante Resolución SUB 153955 del 7 de junio de 2022 le fue reconocida pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.333.616 a partir del 1º de marzo de 2022, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP., para que reconozca al señor JAIME SOLANO MEDINA, la PENSIÓN DE JUBILACION dispuesta en el Art. 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, vigente entre el 2001 y el 2004, a partir del 17 de febrero del año 2018, en cuantía de (\$2.114.700) junto con sus mesadas adicionales legales y mesada catorce, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que la pensión de orden extralegal acá reconocida es de carácter compartida con la pensión de vejez que reconozca la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, caso en el cual únicamente la UGPP deberá pagar el mayor valor, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP., para que reconozca al señor JAIME SOLANO MEDINA, la bonificación dispuesta en el artículo 103 de la Convención Colectiva de Trabajo, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

CUARTO: COSTAS. Serán a cargo de la demandada, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: De ser o no apelada la presente providencia, envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia encontrarse acreditado que el aquí demandante señor JAIME SOLANO MEDINA laboró al servicio del ISS por los periodos comprendidos entre el 26 de marzo y el 6 de mayo de 1983, entre el 18 de noviembre de 1983 y el 31 de marzo de 1997, y entre el 1º de abril de 1997 y el 25 de junio de 2003, interregnos todos que arrojan un tiempo total de labores de 20 años, 7 meses y 46 días.

Que teniendo en cuenta el Acto Legislativo 01 de 2005, con posterioridad al 31 de julio de 2010 no podía aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas de trabajo como quiera que perderían vigencia para dicha data.

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto, ha indicado que teniendo en cuenta el Parágrafo Transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, las negociaciones de carácter pensional suscritas antes de la expedición de dicha normativa, las mismas debían regir hasta cuando finalizara el convenio, aunque fueran con posterioridad al 31 de julio de 2010, por lo que el demandante es beneficiario de la convención deprecada.

Por tal razón, coligió encontrarse reunidos por parte del demandante los requisitos pensionales dispuestos en el artículo 98 convencional, toda vez que contaba con el tiempo de servicios y la edad dispuestos en la norma extralegal, disponiendo a su vez que el derecho debe otorgársele al actor a partir del 5 de febrero de 2015, calenda en que cumplió 55 años de edad.

Sin embargo, teniendo en cuenta la excepción de prescripción formulada, consideró el *a-quo* que la misma operó a partir del 17 de febrero de 2018 y hacia atrás, en tanto, la reclamación administrativa se elevó el 17 de febrero de 2021.

Seguidamente, dispuso que el monto de la primera mesada pensional debía ser liquidada con el promedio mensual de los últimos 3 años a la fecha de la última cotización y que realizadas las operaciones aritméticas arrojaba la suma de \$1.087.198.59, monto que indexado a la fecha del cumplimiento de la edad, esto es, 5 de febrero de 2015, equivalía a un valor de \$1.799.343, pero en virtud del fenómeno prescriptivo, determinó que actualizado dicho valor al 17 de febrero de 2018, el monto de la primera mesada pensional a cancelar asciende a la suma de \$2.114.700.

De otra parte, coligió que al tenor de los presupuestos del órgano de cierre y teniendo en cuenta que el demandante en la actualidad se encuentra percibiendo una pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, la de jubilación convencional aquí reconocida es de carácter compartida; circunstancia por la cual, la UGPP deberá asumir a partir del reconocimiento de la pensión convencional únicamente el mayor valor entre la pensión de extralegal y la de vejez, la cual deberá cancelarse a razón de 14 mesadas pensionales al año teniendo en cuenta lo establecido en el Parágrafo Transitorio 6º.

Frente a la bonificación de que trata el artículo 103 de la Convención Colectiva de Trabajo, argumentó el operador de instancia que ante el tiempo laborado por el actor al servicio del ISS, es merecedor de la disposición convencional, condenando a la UGPP sobre este concepto.

En lo que atañe a los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, expuso que los mismos no se encontraban llamados a prosperar, toda vez que el derecho reconocido fue como consecuencia de una postura jurisprudencial, lo que se acompasa con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia cuando refiere que bajo ese escenario no gozan de prosperidad estos rubros, disponiendo en su lugar la correspondiente indexación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada UGPP la apeló. Indicó en su alzada que al aquí demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, como tampoco el pago de la mesada 14 y la bonificación de que trata el artículo 103 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Lo anterior, como quiera que debe tenerse en cuenta el criterio de causación manifestado por la Corte Constitucional, por lo que al evidenciarse que el actor no había cumplido con el requisito de edad para la fecha de finalización de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vigencia de la convención, no habría lugar al pago de la prestación convencional.

De otra parte, arguyó que debe absolverse en lo referente a la condena en costas ya que esta figura no opera de manera automática, sino que debe valorarse la conducta de la entidad.

En forma subsidiaria, refirió que en virtud de que la pensión de jubilación se reconoce a partir del año 2018, debe tenerse en cuenta el ingreso base de liquidación regulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el IBL de los últimos 10 años devengados junto con la aplicabilidad de los factores salariales del Decreto 1158 de 1994 y nos los preceptuados en la convención colectiva.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá auscultarse si el demandante señor JAIME SOLANO MEDINA cumple con los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche, para acceder a la pensión extralegal por parte de la encartada UGPP, junto con el pago de la bonificación regulada en el artículo 103 convencional, indexación y costas procesales.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que el aquí demandante solicitó a la UGPP la pensión de jubilación aquí deprecada, la cual fue negada por la entidad a través de las Resoluciones RDP 017558 del 15 de julio de 2021 y RDP 024575 del 17 de septiembre de 2021, cuyo argumento en términos generales gravitó en torno a que el pacto convencional había perdido su vigencia en la anualidad 2004 (Fls. 124 a 126 y 133 a 145 PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL).

Tampoco el hecho que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 153955 del 7 de junio de 2022 reconoció pensión de vejez al demandante en los términos de la Ley 797 de 2003, prestación que se reconoció a partir del 1º de marzo de 2022 en cuantía inicial de \$1.333.616 (Fls. 232 a 239 – 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

d. Requisitos del artículo 98 de la C.C.T. suscrita entre el extinto ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL - 2001-2004, para acceder a la pensión extralegal:

Pretende el demandante se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, vigente entre 2001-2004, disposición convencional que reza:

“El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de los percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(iii) *Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

Para estos efectos se tendrá en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. *Asignación básica mensual*
- b. *Prima de servicios y vacaciones*
- c. *Auxilio de alimentación y transporte*
- d. *Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. *Valor del trabajo en dominicales y feriados*

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

PARÁGRAFO 1: El Instituto de oficio o a solicitud de parte interesada a través de sus dependencias de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial hará los estudios técnicos que se requieran para determinar ambientes de especial peligrosidad a la salud de los Trabajadores oficiales y tomará las medidas necesarias para corregir y prevenir los riesgos, modificando si fuere necesario los parámetros señalados en materia de pensiones de jubilación por las normas establecidas en la Convención vigente.

PARÁGRAFO 2: Fondo de Reservas para el pago de Pensiones para los Trabajadores del ISS. El Instituto constituirá durante el primer año de vigencia de la presente Convención un fondo para el pago de pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes actuales y futuras.

Este fondo se manejará como una cuenta especial en la que se consignarán las apropiaciones presupuestales anuales respectivas y los correspondientes rendimientos financieros, los cuales harán parte de dichos fondos.

PARÁGRAFO 3: Quienes hayan cumplido o cumplan los requisitos de tiempos de servicios y edad a treinta y uno de diciembre de 2001, su pensión se liquidará con las reglas previstas en el artículo 95 de la Convención vigente a treinta y uno de octubre de 2001 (Respecto a Derechos Adquiridos) Las personas a quienes se les aplique esta disposición podrán continuar desempeñando su cargo hasta la fecha que lo estimen pertinente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PARÁGRAFO 4: El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el ISS y Sintraseguridadsocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”.

En cuanto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, el artículo 2° de dicha disposición convencional, señala que la misma regirá por un término de tres años contados desde 1° de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004. De modo que, si bien la citada convención trae consigo la fecha en que entrará en vigor y el plazo de duración, también lo es que, en el citado texto convencional no se pactó lo relativo a las modalidades de su prórroga, desahucio o denuncia. Por lo que se debe dar aplicación al artículo 478 del CST, que indica:

“A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”

Siendo ello así y pese a que la convención colectiva indicaba que vencía el 31 de octubre de 2004, lo cierto es, que de acuerdo a la norma en cita continua vigente, toda vez que no se demostró que las partes que la suscribieron o alguna de ellas haya manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, o que se haya efectuado la denuncia en los términos del artículo 479 del CST, o que exista otro acuerdo convencional que lo haya reemplazado en su totalidad, entendiéndose bajo ese escenario que se ha venido prorrogando por periodos sucesivos de 6 meses.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que el parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, señaló sobre la vigencia de las pensiones establecidas

en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, lo siguiente:

“Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

Precepto legal del que se extrae que, en tratándose de pensiones contenidas en convenciones colectivas de trabajo, las mismas perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a dicha data tengan un derecho adquirido.

Ahora bien, en un asunto de similares contextos fácticos, esto es, en lo concerniente a la interpretación del texto convencional con vigencia 2001-2004 celebrado entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL y el análisis de beneficios convencionales en virtud de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en decisión SL3635-2020, Radicación No. 74271 del 16 de septiembre de 2020, realizó un estudio pormenorizado en el que se cambió de postura doctrinaria en sede de casación, concluyendo en resumidas cuentas que si existían acuerdos convencionales celebrados antes de la entrada en vigencia del mentado Acto Legislativo 01 de 2005, entendiéndose también este último aspecto, es decir, las que se prorrogaron automáticamente en el tiempo, mantenían vigencia incluso con posterioridad al 31 de julio de 2010, luego, gozaban de validez y aplicación. Así lo asentó:

“Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubre los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*

- c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

Así las cosas, para el asunto de marras la Corte dentro de la misma decisión y frente a la literalidad del texto convencional objeto de estudio, en especial lo atinente a los artículos 2º y 98 convencionales, que versan sobre la aplicación en el tiempo y la forma de acceder al derecho a la pensión de jubilación extralegal, analizó lo siguiente:

“Tal como se refirió en los antecedentes, la accionante propugna por el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo cuya vigencia general se estableció de 2001 a 2004, y previó, respecto de algunas cláusulas, otra más amplia según lo acordado en los artículos 2.º y 98, entre otros, así:

Por su parte, el artículo 2.º, prevé que el acuerdo colectivo:

Tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.

A su vez, el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, bajo las siguientes reglas:

El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(iii) *Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

(...).

De la literalidad de las citadas cláusulas se extrae que en materia jubilatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, tal como lo determinó esta Sala en sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 35588, en la que señaló:

Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001-2004, al no darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, (sic) más allá del 31 de octubre de 2004.

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha.

(...)

Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...)

Este razonamiento está acorde con el criterio sostenido por la Sala en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 35588 donde en un caso similar al presente y analizando la misma Convención, sostuvo:

“Armonizando estas dos disposiciones (artículo 2 y 98), ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, se concluye que el derecho a la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005, fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad”. (Resaltado fuera de texto original).

Asimismo, en sentencia CSJ SL1409-2015, frente a este preciso asunto, la Corporación indicó:



En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, la misma se hizo extensiva a los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E. y según su artículo 2, su vigencia tendría “una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente”. Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente (Resaltado fuera del texto).

En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia. (Subrayado por la Sala).

En ese contexto, debe entonces la Sala establecer si la accionante acredita las condiciones y requisitos exigidos en el artículo 98 convencional para obtener el reconocimiento de la prestación pensional, para lo cual ha de recordarse que son hechos indiscutidos en casación, que ingresó al Instituto de Seguros Sociales el 16 de septiembre de 1993 de modo que cumplió 20 años a su servicio el mismo día mes de 2013, y que nació el 25 de junio de 1961 y cumplió 50 años de edad en la misma fecha de 2011.

Entonces, de acuerdo con los postulados convencionales consagrados en el artículo 98 bajo análisis, según los cuales se requieren 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS y 50 años de edad si es mujer, la accionante tiene derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los tres últimos años de servicio, tal como lo establece el numeral (ii) transcrito en precedencia.”

En tal sentido, palmario resulta que en atención del cambio jurisprudencial y el estudio de las prerrogativas convencionales en mención para la pensión de jubilación, se puede concluir que la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 se extendió hasta la anualidad 2017, contrario a lo aducido por la apelante en su alzada e inclusive lo sostenido en la contestación de demanda y en los actos administrativos que negaron el derecho prestacional de carácter

extralegal del actor, de allí que la Sala proceda a analizar el derecho pensional del demandante en los precisos términos del *petitum*, esto es, que se le reconozca la prestación aplicando una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres años de servicios, ello en atención a que sostiene que acredita los 20 años de servicios que exige el acuerdo convencional para acceder a la pensión de jubilación que allí se enlista.

Puestas así las cosas, en atención del inciso 1º del artículo 98 convencional, en lo que respecta a la edad, según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento del demandante, el mismo nació el 5 de febrero de 1960, cumpliendo así 55 años de edad el mismo día y mes de la anualidad 2015, por lo que en principio debe aplicarse lo reglado en el numeral 2º del articulado en mención toda vez que ostentó la edad entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016 (Fls. 94 y 98 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL).

Otro aspecto relevante a analizar es el tiempo de servicios como trabajador oficial, el cual, confrontando en forma minuciosa el expediente, conforme da cuenta el Certificado Electrónico de Tiempos Laborados CETIL expedido el 3 de diciembre de 2020, en concordancia con la certificación fechada el 21 de septiembre de 2021 que expidiera el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTE DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – P.A.R.I.S.S., dichas documentales advierten que el señor JAIME SOLANO MEDINA laboró al servicio del ISS en los siguientes periodos (Fls. 99 a 120 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL):

_ Por el periodo comprendido entre el 26 de marzo y el 5 de mayo de 1983 en el cargo de Celador para un total de un (1) mes y 11 días.

_ Por el periodo comprendido entre el 18 de noviembre de 1983 y el 25 de junio de 2003 en el cargo de Conductor Mecánico Grado 9 para un total de 19 años, 7 meses y 8 días.

Los anteriores periodos suman un interregno total laborado al servicio del ISS en su calidad de trabajador oficial de 19 años, 7 meses y 8 días; circunstancia por la cual, contrario a lo expuesto por el operador de instancia que sostuvo que el demandante había acreditado un total de 20 años, 7 meses y 46 días, tal argumento se cae de su peso teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia, aspecto que a su vez conduce a que el actor no sea merecedor de la pensión de jubilación extralegal ante la falta del tiempo laborado, más exactamente 20 años.

Ahora, pertinente también resulta que la Sala ponga de presente que, si bien la parte demandante no acreditó tiempos adicionales a los anteriormente discriminados, con la contestación de demanda la UGPP acreditó un tiempo adicional del actor por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 8 de mayo de 2008 en el cargo de Conductor Mecánico a una E.S.E. según se desprende del Certificado Electrónico de Tiempos Laborados CETIL expedido el 5 de mayo de 2021 (Fls. 138 a 145 – PDF 06 CONTESTACIÓN UGPP).

No obstante, el mencionado tiempo se certifica a favor del señor JAIME SOLANO MEDINA, pero en calidad de empleado público, sin encontrar prueba que demuestre lo contrario, ese tiempo no puede ser tenido en cuenta como quiera que claro es el artículo 98 del texto convencional en precisar que su aplicabilidad opera única y exclusivamente para trabajadores oficiales.

Para mayor proveer, el órgano de cierre en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022, hizo un análisis al texto convencional a través del cual dejó por sentado que para el estatus pensional con tiempos públicos era requisito *sine qua non* ostentar la calidad de trabajadores oficiales, así lo determinó el órgano de cierre:

“Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ

SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:

[...] tal como lo consideró la juez, no se acreditó que la demandante hubiera servido al ISS Sociales durante 20 años continuos o discontinuos.

En efecto, conforme a la certificación de folio 74 del expediente, la señora Forero Pinilla laboró al servicio del extinto ISS en los siguientes períodos:

INGRESO	RETIRO	VINCULACIÓN	DÍAS
22 – FEB - 1995	21 – FEB -1996	PROVISIONAL	360
22 - FEB - 1996	21 – ABR -1996	PROVISIONAL	60
31 -MAY - 1996	30 - SEP - 1996	PROVISIONAL	120
04 – OCT- 1996	03 – FEB -1997	PROVISIONAL	120
04 -FEB- 1997	31 – MAR -2015	CTO. TRABAJO	6.536
			7.196

Además, si en gracia de discusión se admitiera que la entidad accionada confesó al responder el hecho segundo de la demanda que los extremos de la relación laboral fueron el 22 de febrero de 1995 y el 31 de marzo de 2015, lo cierto es que negó que hubiera prestado sus servicios por más de 20 años, pues así se desprende de la respuesta dada al hecho cuarto del mismo escrito.

Al revisar la certificación aludida, se puede constatar que sólo a partir del 4 de febrero de 1997 la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial, que es la que eventualmente le hubiera dado derecho a recibir la pensión de jubilación convencional que reclama, y que entre el 22 de febrero de 1995 y el 3 de febrero de 1997, estuvo vinculada al ISS mediante nombramiento provisional, esto es, como empleada pública.

Sobre el asunto, en la sentencia CSJ SL678-2020 esta Sala razonó de la siguiente manera:

*Pero hay más. La promotora del proceso tampoco probó haber laborado al menos 20 años en condición de **trabajadora oficial**, durante todo el tiempo de servicios.*

*En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del **11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública**, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo. Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial,*

pues su artículo 98 disponía: **“El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (...)”**.

En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.

Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia 05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:

«[...] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las “convenciones colectivas de trabajo” previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»

En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.

Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.

Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional.” (Subrayado por la Sala).

En resumidas cuentas, al no acreditar el demandante 20 años de servicios como trabajador oficial, es por lo que no se cumple a cabalidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita entre el ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo que conlleva a su vez a que no se configuren los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión convencional, situaciones todas por lo que la decisión de primera instancia habrá de revocarse en su integridad.

Lo anterior, también conlleva a que el actor no sea beneficiario de la bonificación dispuesta en el artículo 103 de la convención, la cual dispone:

“BONIFICACIÓN EN EL MOMENTO DE LA JUBILACIÓN

El Instituto reconocerá y pagará a los trabajadores oficiales que se retiren por haber adquirido o dejado establecido en forma legal el derecho a la pensión de jubilación, una bonificación equivalente a dos (2) meses de salario liquidado con base en el salario que devengue el trabajador al momento de su retiro siempre y cuando haya laborado para el Instituto un mínimo de diez (10) años continuos o discontinuos.”

Ello por cuanto, como se relató el demandante no es beneficiario de la prestación por no acreditar el requisito de los 20 años conforme a lo expuesto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2022 00136 01
Demandante: DONIGNA ISABEL ANGULO ARIAS
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la profesional del derecho LINA MARÍA POSADA LÓPEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.053.800.929 y T.P. 226.156 del C. S. de la Judicatura, conforme da cuenta el poder otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y FONCEP, en contra de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

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



I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DONIGNA ISABEL ANGULO ARIAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en diciembre de 1998. Asimismo, se declare que COLPENSIONES debe recibirla en el régimen que administra junto con sus aportes.

En subsidio, solicita se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en diciembre de 1998.

Consecuencialmente, solicita se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los portes que realizó en ese régimen y se ordene a COLPENSIONES active su afiliación en el régimen de prima media y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 12 de febrero de 1961 y se afilió al sistema general en pensiones a través de CAJANAL en julio de 1985 por medio de la Dirección Seccional de la Rama Judicial de Bogotá, Caja en la que permaneció a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, efectuando aportes por intermedio de la Fiscalía General de la Nación. De otro lado, expuso que en diciembre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A.

Puntualizó sobre dicho traslado que el fondo privado no la asesoró e informó de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas e

inconvenientes en este régimen y en general las implicaciones y consecuencias que le conllevaría el traslado sobre sus derechos pensionales.

Agregó que a la presentación de la demanda acredita más de 1312 semanas y que según proyección pensional, su mesada en el régimen de ahorro individual sería inferior a la que obtendría en el régimen de prima media. Finalmente, relata que solicitó la nulidad o ineficacia del traslado a las demandadas, pedimento que fue despachado de forma negativa. (f. 1 a 21 archivos 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la demandante al régimen que administra fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, por lo que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

Formuló la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litis consorcios necesarios a razón de la redención del bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 1 a 24 archivo 04).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el traslado de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, además se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social,

sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 2 a 17 archivo 07).

En audiencia celebrada el 6 de febrero de 2023, el Juzgado de origen dispuso vincular a la litis a la UGPP y a LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. (archivos 12 y 13)

La UGPP al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, señaló que, de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., la cual es su actual administradora. Además, dijo no estar legitimada en la causa por pasiva ya que solo reconoce y administra los derechos pensionales de quienes se encontraban afiliados a las administradoras de pensiones públicas, los cuales se encontraban liquidados o en proceso de liquidación, tales como CAJANAL, por lo que no puede recibir como afiliada a la actora.

Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva – inexistencia de obligación en cabeza de UGPP, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), error de derecho no vicia el consentimiento, improcedencia de condena en costas, prescripción y la innominada o genérica. (f. 2 a 24 archivo 15)

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones, según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, por ende, no tiene competencia para decidir sobre solicitudes de reconocimientos y pago de derechos pensionales de sus afiliados, ni es competente para determinar la afiliación o traslado de las personas entre regímenes pensionales, sin que la Oficina de Bonos Pensionales - OBP de esa

entidad tenga injerencia en la decisión que al respecto adopte el interesado en pertenecer al RPMPD o al RAIS.

Propuso las excepciones de la suerte de lo accesorio es la suerte del principal, buena fe, prescripción y la genérica. (f. 13 a 27 archivo 16)

Por auto de 19 de abril de 2023, se tuvo por contestada la demanda a la UGPP y al citado Ministerio, e igualmente dispuso vinculara la acción al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA – FONPRECON y al FONCEP, por tener participación en la expedición del bono pensional. (archivo 17)

En virtud de lo anterior, FONPRECON dijo atenerse a la decisión que se profiera en juicio en tanto se ajuste a derecho. No obstante, se opuso a cualquier condena que se imponga en su contra, ya que no intervino en el acto de traslado de régimen de la gestora y no era la administradora de pensiones en la cual se encontraba vinculada la demandante, previo a dicho acto ya que estaba afiliada a CAJANAL, en ese sentido en caso de accederse a las pretensiones de la demanda le corresponde a COLPENSIONES asumir la afiliación de la demandante.

Enlistó las excepciones de fondo que nombro como falta de legitimación en la causa material, e improcedencia de condena en costas. (f. 2 a 9 archivo 19)

El FONCEP se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no es la entidad competente para autorizar el traslado del régimen pensional y menos aún para declarar la ineficacia del traslado que realizó la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como excepciones formulo las de falta de la legitimación en la causa por pasiva de la demandada FONCEP, competencia de los Fondos, Cajas y Entidades Territoriales, para el reconocimiento de prestaciones de jubilación – incompetencia de los Fondos o Cajas para acceder a lo solicitado por la demandante, improcedencia de la vinculación como litisconsorcio necesario, procedimiento para el cobro y pago de cuotas partes pensionales y /o del bono pensional para financiar prestaciones pensionales, prescripción y la genérica. (f. 2 a 18 archivo 21)

Mediante auto adiado el 27 de junio de 2023 el juzgado de instancia tuvo por contestada la demanda a FONPRECON y al FONCEP, además se aceptó el llamamiento en garantía que realizó el primero, frente a PORVENIR S.A. (archivo 23)

PORVENIR S.A. contestó el llamamiento en garantía, oponiéndose a las pretensiones del mismo, sobre el asunto dijo que el traslado de régimen pensional de la actora al régimen que administra fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente declarar un error de hecho, cuando lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la ley; conclusión a la que se arriba, en atención a que no se aporta prueba alguna que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo.

Formuló como excepciones de mérito propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 22 archivo 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de septiembre del 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante DONIGNA ISABEL ANGULO ARIAS, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo

de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora DONIGNA ISABEL ANGULO ARIAS en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA realicen las gestiones necesarias para la anulación del bono pensional tipo A modalidad 2 que se liquidó, emitió, expidió, redimió, y pago a favor de la demandante DONIGNA ISABEL ANGULO ARIAS, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver o reintegrar al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA la cuota parte que pagó respecto del bono pensional tipo A modalidad 2 de la demandante, y que ascendió a la suma de \$72.406.000; y con cargo a los propios recursos la AFP deberá pagar la indexación de la suma mencionada, desde la fecha del pago del bono hasta el momento de momento de su reintegro.

SEXTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver o reintegrar a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO la cuota parte que pago respecto del bono pensional tipo A modalidad 2, y que ascendió a la suma de \$40.367.000, y con cargo a los propios recursos la AFP deberá pagar la indexación de la suma mencionada, desde la fecha de pago hasta el momento de momento de su reintegro.

SEPTIMO: ABSOLVER a la UGPP, al FONCEP y a FONPRECON, de las demás pretensiones de la demanda.

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

NOVENO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, FONPRECON y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.

DECIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados. Asimismo, trajo a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de

las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan. Seguidamente, adujo que se probó que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través de CAJANAL y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el cual se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de 1999 por medio de PORVENIR S.A. en donde efectúa cotizaciones a la fecha.

De otro lado, señaló que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP la labor de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima, por lo que de no cumplir con tales presupuestos, según los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que procede es la ineficacia del traslado.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyendo que no se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A. en el momento del traslado de la actora, declarando la ineficacia del traslado de régimen y ordenando la devolución por parte de ese fondo a COLPENSIONES de todos los emolumentos que proceden ante tal evento.

Sobre la redención del bono pensional que informó PORVENIR S.A., el cual se dio febrero y diciembre de 2021, por \$112.773.000 monto que fuera consignado en la cuenta individual de la demandante por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, según resolución No. 24139 de 8 de febrero de 2021, acotando que el valor de rendición asumido por dicho ministerio ascendió a \$40.367.000, entre tanto, según resolución No. 0737 de 13 de diciembre de 2021, FONPRECON ordenó pagar a PORVENIR S.A. el cupón del bono tipo A modalidad 2 por \$72.406.000, el cual se emite a favor de personas que se trasladan al RAIS y cuya vinculación se llevó a cabo antes del 1º de julio de 1992 y que tenga mínimo 150 semanas.

Acorde con lo anterior, señaló el Juez de primer grado que al invalidarse el traslado de régimen y entenderse que la actora siempre estuvo afiliada al

régimen de prima media con prestación definida, no tiene derecho al pago del citado bono, por lo que dispuso que LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en conjunto con FONPRECON efectúen los trámites administrativos pertinentes para efectuar la anulación del bono pensional tipo A modalidad 2, que fue emitido y pagado a favor de la demandante. Derivado de ello, expuso que le corresponde a PORVENIR devolver \$112.773.000 monto que fuera consignado a la cuenta de la actora, correspondiéndole \$72.406.000 a FONPRECOM y \$40.367.000 al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, sumas que debe indexar el fondo privado al momento de su devolución con recursos propios.

Sobre el Distrito Capital representada por el FONCEP señaló que no existe evidencia que haya realizado un pago por cuota parte de bono pensional, motivo por el cual la absolvió de las pretensiones de la demanda, lo que no obsta para que COLPENSIONES en caso de analizar lo atinente al reconocimiento de la pensión de vejez de la gestora, determine que debe realizarse el pago del bono pensional por parte de las entidades aquí convocadas, lo cual en todo caso no correspondería al bono pensional tipo A modalidad 2 que es sobre el cual se dispuso la anulación si así lo considera, por ultimo declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con tal decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, solicita en la alzada se revoquen todas las condenas emitidas en su contra, ya que el precedente jurisprudencial emanado por la Corte Suprema de Justicia no puede ser aplicado de manera homogénea en todos los casos en donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, situación que en el caso de marras no se presenta, ya que el traslado de régimen que realizó la actora se realizó voluntariamente, sin presiones y de manera informada de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado en 1999, misma información que estaba contenida en la Ley 100 de 1993, aunado a que como consumidora financiera debía actuar con mediana diligencia frente al acto jurídico que estaba llevado a cabo, máxime cuando siempre ha actuado de buena fe.

Agregó que los rendimientos que debe trasladar deben corresponder a los mismos que se hubieran generado en el ISS hoy COLPENSIONES, por efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen que administra, y que como consecuencia de las restituciones mutuas se le deben reconocer los gastos en que incurrió para administrar el pago de dichos aportes, lo que se sintetiza en la comisión de administración y las primas de seguros previsionales.

A su vez, solicita se revoque la condena relativa a la indexación de los valores objeto de condena, a razón de la devolución de los rendimientos que se le impuso, aspecto que han corroborado otros Tribunales. Además, adujo que pagó el bono pensional, por lo que condenarla al pago de sumas que ya no se encuentran en su poder, impone una doble condena a su cargo, por ende, solicita corregir este aspecto del fallo de primer grado.

El FONCEP en su impugnación solicita se condene a PORVENIR S.A. a devolver a esa entidad el bono pensional tipo A que reconoció mediante resolución SPE 191 de 22 de febrero del 2019, a través del cual reconoció y emitió la cuota parte pensional tipo A de rendición normal causada por la actora con corte a 1° de marzo de 1996, en una cuantía de \$1.740.885 a favor de PORVENIR, según la liquidación número 44, consecutivo 47 de 29 de noviembre de 2018, el cual fue cargado debidamente en el sistema interactivo de bonos pensionales de la Oficina de Bonos Pensionales. Añadió que, si bien está de acuerdo en que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la actora, considera que también se debió ordenar la devolución del bono pensional a su favor.

Por último, COLPENSIONES en su apelación solicita se revoque la sentencia de primer grado, ya que el traslado de régimen de la demandante tiene plena validez, dado que los vicios del consentimiento alegados no fueron probados en el trámite procesal, al contrario, se demostró que tal vinculación se dio de manera libre y voluntaria, y el asesor del fondo privado brindó información clara y precisa sobre los efectos del traslado de régimen. Igualmente, refirió que la actora está inmersa en la prohibición legal de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003, y el formulario de afiliación da cuenta de que gozaba de capacidad legal al momento de su suscripción. Además, acorde con lo normado en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, le correspondía a la gestora desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones. Finalmente, dijo que la demandante no se puede

beneficiar de las contribuciones de los afiliados al régimen de prima media, en donde no ha contribuido por más de 20 años, pues ello afecta los dineros del sistema general de pensiones que sirven para financiar y pagar pensiones futuras en ese régimen.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por

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

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

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

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

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por CAJANAL al régimen de ahorro individual con solidaridad a través PORVENIR S.A., el 21 de diciembre de 1998, vinculación que se hizo efectiva el 1º de febrero de 1999 según el certificado SIAFP. (f. 25 y 74 archivo 04).

Formulario que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida en la que se dijo que *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, la demandante DONIGNA ISABEL ANGULO ARIAS en el interrogatorio de parte a ella practicado, relató que estando al servicio de la Fiscalía General de la Nación como Fiscal Seccional, en diciembre de 1998 un asesor de PORVENIR S.A. le indicó que era mejor que se trasladara a ese fondo por cuanto tenía más ventajas frente al otro fondo, como que se podía pensionar

con una mesada mejor, el tramite era rápido, al fallecer la pensión quedaba a favor de su hijo y podía hacer aportes voluntarios, sin que se le explicara cuál era el fin, destacando que solicitó el bono pensional y el fondo privado le dijo que ya fue pagado. De otro lado, sostuvo que una de las razones por la que desea retornar es porque su mesada en COLPENSIONES sería superior a la que obtendría en PORVENIR S.A.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que el Juez de instancia no destinó al declarar la ineficacia del traslado de régimen de la actora y ordenar la devolución de los dineros que obren en su cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos causados, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas con cargo a sus propios recursos. En esa medida se confirmará la sentencia de instancia en ese puntual aspecto.

d. Del reintegro del bono pensional:

El FONCEP en su alzada aduce que debe reintegrársele el bono tipo A que se redimió y expidió a través de la resolución SPE 191 de 22 de febrero del 2019, a favor de la demandante y con destino a PORVENIR S.A., ello por cuanto se ordenó tal devolución a favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO y de FONPRECON, pero no sucedió lo mismo en su caso.

Pues bien, advierta la Sala que no goza de prosperidad las súplicas, como quiera que clara ha sido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en advertir que, al producirse el traslado, una de las contingencias a efectos de sufragar prestaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es el retorno de bonos pensionales. Para mayor ilustración, la Corte en un caso similar al que nos ocupa, en sentencia SL2515-2022, Radicación No. 83574 del 13 de julio de 2022 expuso:

“Los artículos 113, 114 y 115 de la Ley 100 de 1993, son disposiciones que consagran los traslados entre regímenes y lo concerniente a los bonos pensionales y sus trámites que, en todo caso, deben asumir interna y administrativamente las entidades administradoras de pensiones.

“Es decir, que al declararse la ineficacia del traslado del actor del RPM al RAIS y como consecuencia de ello se ordenó la devolución de aportes a pensión realizados por el afiliado, los rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, «bonos pensionales» entre otros, es menester precisar, que como quiera que el título pensional fue emitido, liquidado y redimido su valor de \$240.548.000 y consignado en la cuenta de ahorro individual a favor del afiliado, dicho monto integra los recursos, cuya finalidad es la financiación de la prestación de vejez del actor en el RPM administrado por Colpensiones, objetivo del proceso y de la condena impuesta por el Tribunal, no es posible el reintegro del referido valor representado en el aludido bono pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De la mencionada orden contenida en el fallo cuestionado, no se desprende ningún yerro del juez de segunda instancia, y tampoco la imposibilidad para que Protección S.A., cumpla con lo decidido por dicha autoridad judicial, pues en manera alguna se desconoció que para la financiación de la pensión de vejez del demandante, a quien se le habían trasladado sus aportes mediante el título pensional emitido por la OBP del Ministerio recurrente a la AFP Protección S.A., esta debía remitir a Colpensiones el valor de \$240.548.000, representados en el bono pensional liquidado y remitido que recibió, por haber ingresado a la cuenta de ahorro individual del actor de la que hace parte, además de las cotizaciones y demás emolumentos, que se efectuaron durante el tiempo en que estuvo vinculado a aquella.

“En línea con lo expuesto, esta Corte en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 reiterada en CSJ SL4989-2018, señaló:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

“[...]

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

“El criterio expuesto fue reiterado en las sentencias CSJ SL4175-2021 y SL1565-2022, en los siguientes términos:

“Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).

“[...]

“Y en la CSJ SL1499-2022, también se dijo:

“[...]

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

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

“Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

“[...]

“Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima» (Subrayas fuera de texto).

“De todo lo discurrido, colige esta Sala, que no se encuentran demostrados los yerros jurídicos ni fácticos enrostrados por la censura, toda vez que la sentencia atacada fue proferida bajo los criterios de Corte, razón por la cual los cargos resultan infundados.”

Es así como no goza de prosperidad los argumentos expuestos en su apelación por el FONCEP sobre el particular, en tanto es diáfano que los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora deben ser devueltos a COLPENSIONES junto con los demás conceptos que se ordenaron en la sentencia de primer grado, en tal sentido, y atendiendo el grado jurisdiccional que aquí se estudia se revocará lo ordenado en los numerales cuarto, quinto y sexto de la sentencia de primer, y en su lugar, se adicionará la misma y se condenará a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES además de las sumas ya dispuestas, todos los bonos pensionales que obren en la cuenta de la actora.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

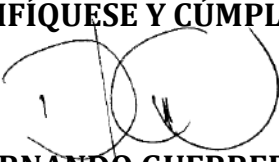
PRIMERO: REVOCAR los numerales cuarto, quinto y sexto de la sentencia emitida el 5 de septiembre de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito, que ordenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a FONPRECON realizar gestiones necesarias para la anulación del bono pensional tipo A que habían emitido y a PORVENIR S.A. a devolver a esas entidades los valores que habían sufragado por la cuota parte a su cargo, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primer grado en sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES además de las sumas ya indicadas en la sentencia de instancia, lo correspondiente a todos los bonos pensionales que obren en la cuenta individual de ahorro de la actora.

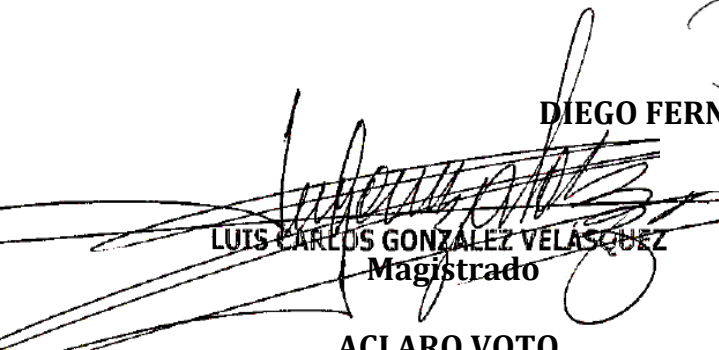
TERCERO: CONFIRMAR en la demás la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y FONCEP, se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor de la parte actora; las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 23 2022 00136 01 DE DONIGNA
ISABEL ANGULO ARIAS contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral : **1100131050 24 2020 00117 01**
Demandante: GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLÓRZANO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 11 de abril de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLÓRZANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que es beneficiario del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por tener más de 62 años de edad y 1300 semanas de cotizaciones.

Asimismo, se declare que la encartada de manera ilegal no ha tomado en cuenta los tiempos de servicios laborados y válidos para el cómputo de las

semanas de los empleadores CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS, J.D. SECURITY DE COLOMBIA LTDA e INVERSIONES VIENLY LTDA, infringiendo así los deberes emanados del literal d), parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al no llevar a cabo el correspondiente cobro coactivo teniendo en cuenta tanto los preceptos legales como jurisprudenciales.

Por consiguiente, se le condene a COLPENSIONES pagar la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2019, junto con la cancelación del retroactivo, mesadas adicionales, intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y costas procesales.

En forma subsidiaria, persigue que las mesadas pensionales sean canceladas de manera indexada.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 18 de abril de 1955, por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes del año 2017, de allí que es beneficiario para adquirir la prestación por vejez en los términos de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Que con ocasión de lo anterior, el 30 de agosto de 2019 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la prestación, la cual fue negada mediante la Resolución SUB 354835 del 27 de diciembre de 2019 bajo el argumento que no acreditaba la densidad de semanas regulada en el precepto normativo, pues tan solo tenía un número de 1.162, adicional al hecho que de los tiempos alegados frente a los empleadores CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS, J.D. SECURITY DE COLOMBIA LTDA e INVERSIONES VIENLY LTDA, no se observaba registros de pago para los ciclos solicitados.

Expuso que, en virtud de ello, realizó múltiples solicitudes de corrección y normalización de su historia laboral, pero COLPENSIONES en forma reiterativa resolvió lo de su cargo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que el demandante no es beneficiario de la prestación por vejez deprecada, pues si bien cuenta con la edad necesaria, no ostenta el número de semanas requeridas.

Arguyó que a través de diferentes investigaciones administrativas ha intentado hacer la corrección de la historia laboral del actor; sin embargo, de acuerdo con lo reportado por la dirección de historia laboral, se logró establecer que, respecto de los empleadores mencionados por el demandante, los mismos no registran pago ni afiliación.

Formuló como medios exceptivos los denominados presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

En el transcurrir del trámite procesal, más exactamente en la audiencia llevada a cabo el 2 de septiembre de 2021, la Juez *a-quo* dispuso declarar probada la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario que interpusiera COLPENSIONES, lo que conllevó a que se vinculara al trámite procesal al CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS, J.D. SECURITY DE COLOMBIA LTDA e INVERSIONES VIENLY LTDA, pues consideró necesaria su vinculación como consecuencia de los periodos de cotizaciones echados de menos por el actor.

Aunado a lo anterior y, en virtud de que dichos sujetos luego de ser notificados no comparecieron al proceso, se profirió auto calendado el 30 de septiembre de 2022, donde se les tuvo por no contestada la demanda frente a J.D.

SECURITY DE COLOMBIA LTDA y el CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS, al igual que se determinó no continuar el asunto respecto de INVERSIONES VIENLY LTDA, por cuanto desde el 20 de abril de 2012 se le había cancelado su matrícula mercantil (Fls. 206 a 207 – 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de abril de 2023, dispuso:

“PRIMERO. - DECLARAR que el demandante señor GUILLERMO RODRIGUEZ SOLORZANO tiene derecho al reconocimiento y pago a la pensión de vejez, en los términos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por contar con 1302,72 semanas cotizadas y contar con el requisito de edad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer a favor de GUILLERMO RODRIGUEZ SOLORZANO la pensión de vejez de que trata la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de junio de 2019 en una cuantía de un salario mínimo, que deberá pagarse por 13 mesadas anuales y con los incrementos de ley, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO. - CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al señor GUILLERMO RODRIGUEZ SOLORZANO por concepto de retroactivo calculado desde el 1 de junio de 2019, hasta el 31 de marzo de 2023, la suma de \$45.499.089, monto que deberá ser debidamente indexado de conformidad con la parte motiva de este proveído de la presente sentencia.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADOS los hechos sustento de las excepciones.

QUINTO. - CONDENAR a la demandante COLPENSIONES al pago de las Costas del proceso. Líquidense por secretaría incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS \$2.000.000 como valor en que se estiman las agencias en derecho, SIN CONDENA EN COSTAS para la demandada CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS y demás demandadas.

SEXTO. - ABSOLVER a las demás demandadas JD SECURITY DE COLOMBIA LTDA; CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS e INVERSIONES VIENLY LTDA de cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante GUILLERMO RODRIGUEZ SOLORZANO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEPTIMO. – *En caso de que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, no interponga recurso de apelación REMITIR la presente decisión al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”*

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que, en lo que respecta a la ausencia de los aportes realizados por el CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS, J.D. SECURITY DE COLOMBIA LTDA e INVERSIONES VIENLY LTDA, los mismos no pueden ser llamados a desconocerse por parte de COLPENSIONES, so pretexto de la mora del empleador en el correspondiente pago, a menos que haya acreditado haber adelantado las acciones pertinentes para su recaudo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993; de lo contrario, deberán tenerse en cuenta de forma total e integral, máxime cuando las administradoras de cada régimen al prestar un servicio público de la seguridad social están obligadas a llevar a cabo tal recobro, aspecto que por demás lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, expuso que el órgano de cierre también ha puntualizado que para la imputación de pago debe acreditarse al plenario la existencia de un contrato de trabajo con el empleador del que se predica la falta de la cotización pensional, so pena de que no se pueda acceder a la pretensión del accionante.

Que en tal sentido y, en virtud de a carga probatoria para con el demandante al tenor de lo contemplado en el artículo 167 del C.G.P., se pudo demostrar los periodos alegados con el empleador CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS, como quiera que al plenario yace copia de la liquidación del contrato de trabajo donde consta que el actor prestó sus servicios por el periodo comprendido entre el 22 de diciembre de 2010 y el 31 marzo de 2012, situación que no fue desconocida por esa propiedad horizontal toda vez que en el trámite del proceso realizó los correspondientes aportes a pensión, los cuales fueron incluidos en el reporte de semanas cotizadas por COLPENSIONES y que

reflejan la acreditación total de 1302.71 semanas, de allí que no haya lugar a impartir condena en contra de dicho empleador.

Que no sucede lo mismo con relación a los periodos reclamados frente a J.D. SECURITY DE COLOMBIA LTDA, pues si bien fue incorporado al expediente copia de un carné que identifica al demandante con fecha de expedición 1º de noviembre de 2006 y vencimiento el 30 de junio de 2007, así como el formulario de vinculación del actor a la EPS Cruz Blanca calendarado el 26 de julio 2007, esos documentos no resultan suficiente para acreditar la existencia de una relación laboral por el periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2006 y el mes de abril de 2007, ya que no cuentan con la identidad suficiente para acreditar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que se derivan de un contrato de trabajo, ni si quiera da cuenta de la prestación personal de los servicios del actor a favor de la sociedad referenciada, por lo la absolvió por el pago de los aportes deprecados.

Adujo que misma situación se predica de los periodos alegados frente a INVERSIONES VIENLY LTDA, sociedad frente a la cual se dio por culminado el proceso a través del auto calendarado el 30 de septiembre de 2021, por cuanto su matrícula se canceló el 20 de abril de 2012, adicional a que, de las probanzas documentales, no existe prueba fehaciente acerca de la existencia del vínculo contractual alegado.

Seguidamente, coligió la *a-quo* que el actor es beneficiario de la pensión de vejez dispuesta en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, ya que cumplió 62 años de edad y más de 1300 semanas; circunstancia por la cual, dispuso el reconocimiento de la prestación a partir del 1º de junio de 2019, calenda para la cual ya habían cesado sus cotizaciones.

Coligió a su vez que la mesada pensional ascendía al monto equivalente a un S.M.L.M.V., ya que, confrontadas las cotizaciones efectuadas en su vida laboral, la mayoría fueron sobre un salario mínimo, así como que consideró que

teniendo en cuenta la excepción de prescripción, no operó este fenómeno sobre ninguna de las mesadas pensionales a las que tiene derecho el actor, por lo que dispuso un pago de retroactivo pensional hasta el mes de marzo de 2023 en la suma de \$45.429.089.

Frente a los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, expuso que en atención de lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, proceden siempre y cuando haya mora en el pago de las mesadas pensionales sin ninguna razón atendible o justificable, por lo que coligió que en virtud a que el CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS en el transcurrir del trámite procesal fue que efectuó los correspondientes aportes pensionales adeudados, es que se encuentra justificada la conducta para absolver a la entidad encartada acerca de la imputación de este rubro, tópico por el que dispuso el pago adeudado de manera indexada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada encontrando inconformidad frente a la absolucón a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que el articulado claramente especifica que la entidad deberá ser condenada a estos intereses sino existe una justificación en el retardo del pago de las mesadas pensionales a que había lugar y cuyo retroactivo ya fue calculado, situación de la que no se encuentra justificación en virtud a que, desde el mes de junio de 2017 se le venía solicitando a COLPENSIONES la normalización de su historia laboral, sin que la encartada se pronunciara de fondo sobre lo de su cargo, aspecto que ha sido tratado por el órgano de cierre en el que da cabida al pago de intereses bajo este escenario.

COLPENSIONES por su parte arguyó en su alzada que conforme a la historia laboral y expediente administrativo que reposa del demandante, no se logra evidenciar que en efecto existan soportes que permitan establecer que el

demandante cumple con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez deprecada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta inclusive el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPENSIONES, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si al aquí demandante señor GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLÓRZANO, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

De tener derecho el demandante, deberá determinarse si goza de prosperidad o no, el reconocimiento y pago a favor del actor de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que COLPENSIONES a través de la Resolución SUB 354835 del 27 de diciembre de 2019, le fue negado al actor el derecho al pago de la pensión de vejez deprecada, bajo el entendido que teniendo en cuenta la densidad de semanas reportadas dentro de su historia laboral, no se acreditaban las necesarias para el reconocimiento de la prestación, adicional a que, frente a los tiempos echados de menos por los empleadores narrados por

el actor en los supuestos fácticos de la presente demanda, no existía constancia de pago (Fls. 19 a 28 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Ahora, pertinente resulta poner de presente que si bien el actor en el escrito demandatorio encuentra inconformidad frente a los aportes adeudados por los empleadores CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS entre el 1º de abril de 2011 y el 31 de marzo de 2012, J.D. SECURITY DE COLOMBIA LTDA entre el 16 de octubre de 2006 y el 31 de abril de 2007 e INVERSIONES VIENLY LTDA entre el 1º de junio de 1984 y el 31 de junio de 1987, la *a-quo* dispuso en la sentencia de primera instancia que únicamente el CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS era responsable por la obligación de los aportes pensionales comprendidos entre el 22 de diciembre de 2010 y el 31 de marzo de 2012; tanto así, que en el transcurrir del presente trámite procesal dicho empleador sufragó lo de su cargo, tópico por el que se encuentran reflejados en la historia laboral de COLPENSIONES un total de 1.302.71, aspecto último que no fue refutado por ninguna de las partes, de ahí que este puntualísimo aspecto se mantenga incólume.

En tal sentido, en lo que concierne al reconocimiento pensional de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 7797 de 2003, dispone:

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

(...)”

De esta forma, palmario resulta entonces que el demandante nació el 18 de abril de 1955, por lo que cumplió 62 años de edad el 18 de abril de 2017, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, conforme ya se recalcó, en el transcurrir del trámite el demandado CONJUNTO RESIDENCIAL SAN CARLOS efectuó el pago adeudado al actor por concepto de semanas adeudadas por el periodo comprendido entre el 22 de diciembre de 2010 y el 31 de marzo de 2012, aspecto que conllevó a que la encartada COLPENSIONES tuviese en cuenta los mismos, coligiéndose así que el demandante señor GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLÓRZANO acreditó un total de 1.302.71 como da cuenta la historia laboral expedida por la entidad actualizada al 3 de marzo de 2023.

d. De la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional:

En este punto, itera la Sala que el demandante durante toda su vida laboral acreditó un total de 1.302.71 semanas, siendo su última cotización en el mes de mayo de 2019, donde presenta novedad de retiro, por lo que, ante la voluntad del demandante de retiro, la prestación deberá reconocerse a partir del 1º de junio de 2019 como lo determinó la Juez *a-quo*.

Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe calcularse con toda la vida laboral o, con los últimos diez años, como quiera que el demandante cotizó más de 1250; no obstante, al haberse determinado en primera instancia que el valor de la primera mesada pensional del demandante ascendería a un S.M.L.M.V., en virtud del grado

jurisdiccional de consulta que se estudia el asunto de marras a favor de COLPENSIONES, la decisión se mantendrá incólume en este aspecto.

Por tal razón, efectuadas las operaciones aritméticas, se tiene que al demandante COLPENSIONES le adeuda a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2019 y el 31 de octubre de 2023 y teniendo en cuenta 13 mesadas pensionales al año la suma de \$53.619.089, teniendo en cuenta los siguientes conceptos:

RETROACTIVO PENSIONAL			
AÑO	No. DE MESADAS	SALARIO MÍNIMO	TOTAL AÑO
2019	7	\$ 828.116,00	\$ 5.796.812,00
2020	13	\$ 877.803,00	\$ 11.411.439,00
2021	13	\$ 908.526,00	\$ 11.810.838,00
2022	13	\$ 1.000.000,00	\$ 13.000.000,00
2023	10	\$ 1.160.000,00	\$ 11.600.000,00
TOTAL RETROACTIVO			\$ 53.619.089,00

Puntualiza igualmente la Sala que, del retroactivo pensional aquí determinado se autorizará a COLPENSIONES para que efectúe los correspondientes descuentos en salud.

e. Del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente

reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Bajo esta égida, conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y como lo coligió la operadora de instancia, las administradoras de pensiones se encuentran en la obligación de adelantar las gestiones de cobro de las cotizaciones en mora, aspecto que guarda plena congruencia con el precepto legal dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, así lo sostuvo la alta Corporación en distintas decisiones, tales como la AL367-2023, Radicación No. 96335 del 25 de enero de 2023, SL1969-2022, Radicación No. 79215 del 7 de junio de 2022, SL1556-2022, Radicación No. 82516 del 10 de mayo de 2022, entre otras.

Significa lo anterior, que palmario resulta que desde el 30 de agosto de 2019, fecha en que el demandante elevó ante COLPENSIONES la solicitud de la pensión de vejez como da cuenta la Resolución SUB 354835 del 27 de diciembre de 2019, la entidad expuso como mecanismo defensivo el hecho que los empleadores no habían efectuado el pago de aportes correspondientes,

aspecto que reiteró en distintos escritos comunicados al actor con posterioridad a la calenda en comento, pero sin que hubiese llevado a cabo como administradora pensional gestión alguna que condujera a efectivizar la cancelación de los aportes echada de menos por el actor y que por demás era de su competencia al tenor de lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, situaciones suficientes para colegirse que ante su indebido actuar existió un notorio retardo para el reconocimiento del derecho prestacional que conlleva a la imputación de estos rubros a partir del 30 de diciembre de 2019, esto es, 4 meses posteriores a la presentación de la primera solicitud.

Por ello, la decisión de primera instancia se revocará en este aspecto.

f. De la excepción de prescripción:

Por último, como lo determinó la *a-quo*, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el fenómeno prescriptivo.

Lo anterior, como quiera que el derecho prestacional dentro del presente asunto se está reconociendo a partir del 1º de junio de 2019, elevándose solicitud pensional por parte del demandante a la entidad el 30 de agosto de 2019.

A razón de ello, la entidad expidió la Resolución SUB 354835 del 27 de diciembre de 2019, la cual se le notificó al actor el 2 de enero de 2020, tiempo último en que se encontraba suspendido el término prescriptivo, lo que conllevó a que la demanda fuese presentada dentro de los 3 años siguientes, más exactamente el 6 de marzo de 2020 y fuese notificada a COLPENSIONES dentro del año siguiente, es decir, el 17 de marzo de 2021, recalcando la Sala en este punto que si bien al mentado 17 de marzo de 2021 ya se había excedido con el término de caducidad, se rememora que con ocasión de la pandemia de COVID 19 existió una suspensión de términos por parte del Consejo Superior de la Judicatura por el periodo comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de

junio de la anualidad 2020; concluyéndose así que no operó el fenómeno prescriptivo trienal sobre ninguna de las mesadas pensionales a las que tiene derecho el señor GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLÓRZANO.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2019 y el 31 de octubre de 2023 a razón de 13 mesadas pensionales al año la suma de \$53.619.089, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad hasta el pago efectivo, autorizando a su vez a la entidad demandada realizar los correspondientes descuentos en salud, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la presente decisión. Se **REVOCA** el pago indexado, ante la procedencia de los intereses moratorios.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES pagar a favor del demandante los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de diciembre de 2019 y hasta que se efectúe el pago del retroactivo pensional.

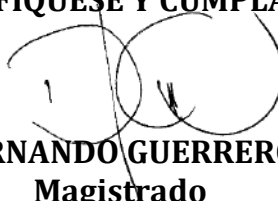
TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primer grado.



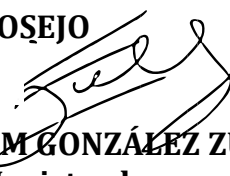
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 25 2019 00220 01
Demandante: JUSTO PASTOR USECHE RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES y el señor RAFAEL SAAVEDRA
SAAVEDRA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de enero de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, asunto proveniente del Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUSTO PASTOR USECHE RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y el señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, con la

finalidad que se le ordene a COLPENSIONES efectuar el cálculo actuarial del valor de la cotización no realizada en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como que se le ordene al señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, propietario del establecimiento de comercio ACERÍA PROACERO, cancelar el pago del valor que resulte de dicho cálculo actuarial a razón de la cotización no realizada.

Asimismo, se le ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión especial de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 2090 de 2003, por ser un trabajador que desempeña actividades de alto riesgo, junto con el retroactivo y demás emolumentos a que haya lugar.

En últimas, se realice el pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 31 de agosto de 1964, así como que durante toda su vida laboral se ha desempeñado como Operario de Horno, laborando al servicio del señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, como propietario del establecimiento de comercio ACERÍA PROACER, desde el 20 de abril de 1997 como ayudante y, a partir del mes de enero de 2002 como propietario del horno de fundición de acero.

Que según lo acredita POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., se encuentra afiliado desde el año 1997 con riesgo nivel 5, al igual que en las labores que desempeña se ve sometido a altas temperaturas que sobrepasan del 1000°C, temperatura que es la requerida para encontrar el punto de fusión del acero.

Que según el reporte de cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones reporta un total de 1592.45 semanas, por lo que atendiendo el tipo de labor que desempeña a razón de la actividad del riesgo profesional 5

certificada por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., le asiste derecho a que se le efectúe el reconocimiento pensional por actividades de alto riesgo.

Expuso que no obstante lo anterior, solicitó ante COLPENSIONES la prestación económica, el cual fue negado a través de la Resolución SUB 329393 del 24 de diciembre de 2018, con el argumento de que no se encontraba acreditada la actividad de alto riesgo aquí deprecada en los términos del Decreto 2090 de 2003.

Pertinente resulta poner de presente que en el transcurrir del trámite procesal, más exactamente mediante proveído calendado el 21 de septiembre de 2021, el Juzgado *a-quo* dispuso de manera oficiosa la vinculación de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que el demandante no desempeñó actividades expuestas a altas temperaturas de conformidad con lo establecido en el Decreto 2090 de 2003, por lo que no le asiste derecho a la pensión de alto riesgo.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte el demandado señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, como propietario del establecimiento de comercio ACERÍA PROACER, expuso en su contestación que durante la vigencia de la relación laboral con el demandante ha efectuado en legal orden sus aportes al sistema general de seguridad social, sin que en momento alguno se haya expuesto a temperaturas altas.

Formuló como medio exceptivo el de inexistencia de la obligación demandada.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. argumentó que la demanda la dirigió el demandante únicamente frente a COLPENSIONES y el señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, lo que conlleva a que se configure una falta de legitimación en la causa.

Impetró las excepciones de ausencia de responsabilidad como aseguradora de riesgos laborales conforme al contrato de seguro y su previsionalidad, con encontrarse a cargo el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, pago y/o pago parcial, compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de enero de 2023 absolvió a los demandados y a la vinculada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó en primer lugar encontrarse acreditado que entre el demandante señor JUSTO PASTOR USECHE RODRÍGUEZ y el demandado señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA existe un contrato de trabajo pactado desde el 20 de abril de 1997, cuando el actor inició sus funciones como ayudante de fundición y, posteriormente, como operario de fundición desde enero de 2002, el cual se encuentra vigente en la actualidad.

Que en lo que respecta a la pensión especial de alto perseguida por el actor, la misma se encuentra fundada en el artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, el cual establece que para el reconocimiento de la prestación citada, debe estar acreditado el encontrarse dedicado a labores que impliquen altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles determinados por las normas técnicas de salud ocupacional, y el artículo 3º de la norma en

comento que consagra que los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponden y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez.

Seguidamente, adujo el *a-quo* que en lo concerniente con el desarrollo del trabajo que implique la exposición a altas temperaturas superiores a los valores límites permisibles, el actor no logró acreditar que desde el año 1997 desarrollara este tipo de actividades, como quiera que al líbello no fue aportado documento, testimonio, dictamen o confesión de la parte demandada que permitiera colegir que la actividad desarrollada en el establecimiento de comercio ACERÍA PROACERO de propiedad del demandado señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA se ejecutara por encima de los 1000°C o por encima de los límites permisibles establecidos por las normas de salud ocupacional.

Además, no puede perderse de vista que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. acreditó al juicio informe técnico de asesoría en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo que efectuara en el mes de agosto de 2022 al establecimiento de comercio de propiedad del aquí demandando, el cual concluyó que el actor no se encontraba expuesto a altas temperaturas, de allí que el empleador no se encontrara obligado de llevar a cabo el aporte adicional, situaciones todas por las que no se configuró el requisito del Decreto 2090 de 2003 y, en tal sentido, absolvió las súplicas del *petitum*.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que el Decreto 2090 de 2003 determina los parámetros para catalogar una labor como de alto riesgo, en la medida que allí no se señala cuál es el tiempo de permanencia en altas temperaturas para así contemplarse como de alto riesgo.

Que el informe técnico allegado por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. fue una prueba fabricada por la propia demandada en la medida que el Juzgado llamó oficiosamente al trámite a dicho sujeto y le hizo practicar el mismo, sumado al hecho que la actividad de operario de horno de fundición en todo momento conllevaba a que estuviese expuesto a las altas temperaturas, toda vez que debía trasladar el fundido junto con otros trabajadores a los respectivos moldes, existiendo allí la exposición.

Asimismo, solicita la revocatoria de costas económicas como quiera que en la actualidad se encuentra en un estado de indefensión puesto que actualmente se encuentra incapacitado, transcurriendo aproximadamente un año sin que dichas incapacidades le hayan sido canceladas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico central, si el aquí demandante señor JUSTO PASTOR USECHE RODRÍGUEZ es beneficiario de la pensión de vejez por alto riesgo en los términos estatuidos en el Decreto 2090 de 2003, ello teniendo en cuenta las actividades laborales alegadas como de alto riesgo al servicio del empleador señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, como propietario del establecimiento de comercio ACERÍA PROACERO.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor JUSTO PASTOR USECHE RODRÍGUEZ y el demandado señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, existe un contrato de trabajo que se encuentra vigente y cuya fecha de iniciación lo fue el 20 de abril de 1997, vínculo laboral respecto del cual el actor inició en el cargo de Ayudante de Fundición hasta la data del 31 de diciembre de 2001 y, a partir del mes de enero de 2002, se ha venido desempeñando como Operario de Horno de Fundición; prueba de ello lo es la certificación laboral expedida con logo del establecimiento de comercio ACERÍA PROACERO fechada el 25 de septiembre de 2018 que no fue refutada de falsa, e inclusive lo confesado por el mismo demandado en el interrogatorio de parte quien aceptó el contrato (Fl. 24 – PDF 03 DEMANDA).

d. De la pensión de vejez por alto riesgo:

En primer lugar, debe señalarse que la pensión especial pretendida, se concede a aquellos trabajadores que cumplen labores que implican un mayor riesgo, pues se pretende amparar a las personas que, por su actividad, oficio o profesión, se encuentren expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud, en la medida que tales aspectos generan una menor expectativa de vida o se encuentran, en todo caso, en un mayor nivel de siniestralidad.

En punto de ello, los requisitos para obtener una pensión especial de vejez, son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos a riesgos de carácter laboral y, en consecuencia, se prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional. Sin embargo, no basta con acreditar que la empresa clasifique como de alto riesgo las funciones, o afirmar que se estaba expuesto a actividades laborales que impliquen lo antes explicado, sino que ello debe probarse por la parte interesada, conforme se

establece en el artículo 167 del CGP, es decir, el actor debe probar el cumplimiento de dicho requisito.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha referido que se debe acreditar que en efecto se haya prestado el servicio en dichas actividades para ser beneficiario de la pensión especial de vejez, para lo cual, como se sostuvo en sentencia SL4616-2016, Radicación No. 47244 del 13 de abril de 2016 *“para probar la exposición a factores de riesgo en el trabajo, la jurisprudencia ha admitido que existe libertad probatoria”*.

“[...] Las disposiciones legales que consagran pensiones especiales para los trabajadores en consideración al particular oficio que realizan, exigen que se cumpla exactamente el tiempo de servicios en la actividad correspondiente”, pues, “Lo que explica el tratamiento preferencial de esta categoría de trabajadores no es sólo el que realicen dichas actividades, sino los graves riesgos que para la salud de ellos implica la prestación de servicios en esas peculiares labores durante tan largo tiempo, lo que hace conveniente su retiro del servicio activo y la concesión de la pensión de jubilación sin consideración a su edad [...]”.

Igualmente ha expresado la Alta Corporación que, para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, no es menester allegar la calificación de actividad por parte de la autoridad administrativa y/o, según la norma que regule el asunto, de las dependencias de salud ocupacional, pues existe libertad probatoria, sentencias SL3476-2016, Radicación No. 50481 del 16 de marzo de 2016 y SL 22189-2017, Radicación No. 53496 del 5 de diciembre de 2017.

Aclarado lo anterior, se tiene que se pretendió la concesión de la pensión especial de vejez regulada en el Decreto 2090 de 2003, el cual dispone en su numeral 2º como primer requisito, la catalogación de actividades de alto riesgo en los siguientes términos:

“Artículo 2. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. *Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
2. ***Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.***
3. *Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
4. *Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
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.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, palmario resulta para la Sala que en el *sub-examine* versa bajo la égida del numeral segundo del articulado en comentario, en tanto, como se refiere desde el *petitum*, la actividad alegada por el demandante como de alto riesgo gravita en torno a que su labor al servicio del empleador señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA siempre ha sido en un horno fundidor que sobrepasa las temperaturas permisibles.

Pues bien, confrontados los medios probatorios de carácter documental acreditados en juicio por el extremo accionante, se aprecia que el único medio de convicción fehaciente para la prosperidad de sus súplicas es una certificación emanada por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. expedida el 30 de abril de 2018, la cual contiene lo siguiente:

“Verificada la base de datos de la compañía se encontró que el señor (a): USECHE RODRIGUEZ JUSTO PASTOR identificado con Cédula Ciudadanía



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

No. 79.324.978, trabajador de la empresa SAAVEDRA SAAVEDRA RAFAEL ISAIAS está afiliado a POSITIVA Compañía de Seguros S.A. en riesgos laborales con tipo de vinculación Dependiente desde el 01/05/1997 con riesgo 5 y se encuentra ACTIVO.”

Dicho documento si bien emana de la aseguradora de riesgos laborales donde en la actualidad se encuentra afiliado el demandante, no advierte una razón atendible de descripción de las labores llevadas a cabo dentro del establecimiento de comercio ACERÍA PROACERO, como tampoco las condiciones en que se ha venido exponiendo a las presuntas temperaturas superiores a los mínimos establecidos como lo alega en el petitum, de allí que al tenor de lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., en tratándose del libre convencimiento sobre la apreciación probatoria con que cuenta el Juez, no da cabida para advertir los dichos del demandante en los supuestos fácticos de la presente demanda.

Por otra parte, del interrogatorio de parte rendido por el demandado señor RAFAEL SAAVEDRA SAAVEDRA, no se aprecia confesión alguna que demuestre las altas temperaturas alegadas; por el contrario, lo que adujo fue que si bien el actor manipulaba un horno fundidor a extremadas temperaturas, lo cierto es dichas temperaturas se producían dentro del horno, pues alrededor del mismo el actor en todo momento se encontraba en una temperatura ambiente que gravitaba entre los 21 y 23 grados, de allí que en ningún momento hubiese llevado a cabo cotización a salud con los puntos adicionales que regula la norma.

Ahora bien, tampoco puede perderse de vista el Informe Técnico de Asesoría en el Sistema General de Seguridad Social en el Trabajo que practicara POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. en el mes de agosto de agosto de 2022, a razón del requerimiento efectuado por el Juez *a-quo*, el cual por demás no fue refutado de falso (PDF 43 – DOCUMENTAL POSITIVA), que expone en cuanto a la descripción de la labor, más exactamente el mantenimiento del horno:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En hora media el trabajador se dirige a buscar las masetas y punteros, se dirige al horno donde abre la tapa (bilateralmente) sostiene el puntero e inicia a picar en la parte interna del horno y también con ayuda de las masetas limpia las fisuras luego inicia con el reparcho.”

Para la labor de reparcho del revestimiento del horno, la aseguradora de riesgos laborales determinó:

“En postura bípeda el trabajador se dirige al horno (apagado) y realiza la limpieza del horno, luego hace el revestimiento donde recoge barro refractario en costales que se encuentran aproximadamente a 3mtr del horno, para montar las fundiciones.

El trabajador refiere que realizaba 4 fundiciones sin embargo la empresa manifiesta que aproximadamente eran dos. Dependiendo del volumen del trabajo.”

En cuanto a la carga del horno, se expuso:

“Cuando ya escogido la carga en cuclillas a los tarros lo levanta bilateralmente, lo pesa ya que esta estandarizado que son 45 kl se pesa en una báscula que se encuentra a un metro de la chatarra, luego se traslada al sitio del horno, y va cargando el horno con un peso de 45KL repartido en tres tarros con un peso de 15 kl cada uno, luego se va recargando.

“Luego se pesan las cargas, al lado de la chatarra y coloca las cargas en el horno y además se van dejando la otra carga para ir la colocando paulatinamente. Adicionalmente cuando ya está líquido se va recargando el horno donde realiza levantamiento de la tapa y se observa el acero líquido.

“Pesos dichos anteriormente en la tarea de (preparación de cargas).”

Frente al alistamiento de ferro aleaciones se refirió:

“Antes de alistar las aleaciones, se regulan los electrodos para que trabajen todo el día, donde se ubica en el horno y sostiene los 2 electrodos (palancas) y según la condición (desgaste) en la que esta se baja uno o ambos electrodos, luego ya listas las aleaciones que son manganeso donde pesa 1600 gr y se pesa 1800 gr de silicio, cromo 1300gr.”

Finalmente, en lo que tañe a la temperatura con que realizaba la actividad, se resaltó:

“Tiempo de exposición: 186 minutos (se aclara que no es constante).

“Temperatura: Durante la actividad de fundición se realizó observación del termómetro (3 veces) dando como resultado 21Cº evidenciada en el termómetro.

“El termómetro se encuentra a 2 metros del horno (sitio donde se realiza la actividad y el trabajador).”

Como da cuenta entonces el informe técnico, allí se consignó que el actor no se encontraba expuesto a altas temperaturas en su sitio de trabajo, tan es así que se determinó que en todo momento el ambiente donde se encontraba el horno de fundición oscilaba en una temperatura promedio de 21Cº, sumado a que la exposición a altas temperaturas, entendido este último aspecto como el tiempo de permanencia con la manipulación del horno fundidor, era en promedio de 186 minutos, sin que se advirtiera que la actividad del actor se considerara como una permanente exposición a altas temperaturas; circunstancia por la cual, al no haber probado el demandante lo alegado en la demanda, carga que le asistía al tenor de los preceptos del artículo 167 del C.G.P., no queda más que confirmar la absolución de primera instancia.

Por último, pertinente poner de presente que si bien el demandante reprochó en el recurso de alzada que el Juzgado fabricó la prueba a favor de la demandada para absolver sobre sus súplicas, esa situación resulta improcedente para alegar toda vez que el Juez de conformidad con lo establecido en los artículos 61 y 62 del Estatuto Procesal del Trabajo, cuenta con facultades para auscultar la equidad en sus juicios, por lo que se colige acerca de una actuación ajustada a derecho por el fallador de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

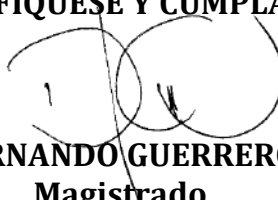
En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de \$300.000, a favor la parte demandada, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 25 2021 00598 01
Demandante: GERMÁN LEIVA VARÓN
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida, fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERMÁN LEIVA VARÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad de que se le condene a esta última a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuese reconocida mediante la Resolución SUB 162265 del 21 de junio de 2019, junto con el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que efectuó aportes pensionales por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1976 y el 30 de marzo de 1997, equivalente a un total de 767.71 semanas, aportes que llevó a cabo tanto al extinto ISS como a COLPENSIONES, sin cumplir con el requisito de semanas mínimas que exige la ley para adquirir una prestación por vejez.

Que con ocasión de lo anterior, el 12 de junio de 2019 solicitó ante COLPENSIONES la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de allí que la encartada le reconociera el derecho en la suma de \$49.949.319, el cual lo incluyó para pago en la nómina del mes de julio de 2019, que se pagó en el periodo de agosto de esa misma anualidad.

Expuso que dicha cuantía la tasó la entidad sobre un monto inferior al que verdaderamente debía percibir, por lo que elevó solicitud sobre lo pertinente, pero hasta la fecha de presentación de esta demanda no ha existido pronunciamiento alguno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que la liquidación determinada dentro de la Resolución SUB 162265 del 21 de junio de 2019 se

encuentra ajustada a derecho, como quiera que la misma se produjo con las fórmulas preceptuadas en la normatividad vigente.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de febrero de 2023, declaró que COLPENSIONES debe reconocer y cancelar al aquí demandante señor GERMÁN LEIVA VARÓN la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por ende, condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar al actor la suma de \$56.125.127 por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva, suma que deberá ser indexada al momento de su pago y de la cual deberá descontarse los valores cancelados en la Resolución SUB162265 de 2019, esto es, la suma de \$49.949.319.

Asimismo, condenó a la encartada al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en la suma de \$5.450.142, sin perjuicio de los intereses que se causen con posterioridad y hasta tanto se haga el pago efectivo a favor del demandante, así como que declaró no probada la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que COLPENSIONES inicialmente reconoció a través de la Resolución SUB162265 del 21 de junio de 2019 en cuantía de \$49.949.319.

Seguidamente, expuso que para determinar el monto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez deberá tenerse en cuenta la totalidad del tiempo cotizado tal como lo estipula el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, norma que reglamentó los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993.

Que en tal sentido, de la historia laboral emitida por COLPENSIONES el 9 de noviembre de 2021, el demandante cotizó un total de 767.71 semanas de cotización comprendidas entre el 1º de junio de 1976 y el 31 de marzo de 1997 de manera interrumpida, situación por la que coligió que teniendo en cuenta la totalidad de tiempos cotizados, se obtuvo un IBL que al aplicársele un 7.57% promedio ponderado del porcentaje de los aportes realizados para hallar el monto de la indemnización, de allí el monto total a cancelar para el mes de julio de 2019 ascendía a la suma de \$56.125.117, por lo que resulta evidente la diferencia del valor reconocido por la entidad y, por ende, la prosperidad de la reliquidación deprecada.

En lo que concierne a los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los mismos procedían a razón del reajuste por vía judicial.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Refirió en su alzada la liquidación efectuada al actor para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se llevó a cabo en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que el monto otorgado al actor en la Resolución SUB162265 de 2019 se encuentre ajustado a derecho.

Que lo anterior conlleva a su vez a que sea procedente la absolución del pago de intereses moratorios y costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si es procedente el reconocimiento y pago a favor del demandante, de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que ya le otorgó COLPENSIONES.

De salir avante lo anterior, se dispondrá estudiar la procedencia o no de la condena de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como el pago de las costas procesales.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 162265 del 21 de junio de 2019, reconoció al aquí demandante señor GERMÁN LEIVA VARÓN a partir del mes de julio de 2019, indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$49.949.319, valor que otorgó teniendo en cuenta un total de 5.374 correspondientes a 767 semanas (Fls. 22 a 26 – SUBSANCIÓN DEMANDA).

En tal sentido, en lo que respecta al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

A su vez, el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001 preceptúa:

“Artículo 1º. *Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con, posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del decreto ley 1295 de 1994.”

A su vez, los artículos 2º y 3º del Decreto 1730 de 2001 en mención, preceptúan:

“Artículo 2º. *Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.*

En caso de que la Administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la

indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la Caja o Fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

“Artículo 3º. *Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”



Así las cosas, claro resulta para la Sala que el demandante acreditó el precepto de que trata el literal a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, en tanto, (i) desde el 8 de junio de 2019 cumplió la edad requerida para pensionarse, esto es, 62 años de edad según se corrobora con la copia de su cédula de ciudadanía, ya que nació el mismo día y mes de 1957, adicional a que no es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 toda vez que al 1º de abril no tenía 40 años, ni 15 años de servicios, (ii) en la actualidad cuenta con 66 años de edad, (iii) de conformidad con los tiempos cotizados al ISS que arrojan un total de 767.71 semanas cotizadas durante el periodo comprendido entre el 1o de junio de 1976 y el 31 de marzo de 1997, calenda última en la que presenta novedad de retiro como da cuenta copia de la historia laboral expedida por COLPENSIONES con actualización al 9 de noviembre de 2021 (Fls. 249 a 253 – PDF 08 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Bajo este entendimiento y, ante la falta de densidad de semanas suficientes para acceder a una pensión por vejez, palmario resulta que el actor es beneficiario de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; tan es así, que COLPENSIONES a través de la Resolución SUB 162265 del 21 de junio de 2019 reconoció el derecho.

Ahora bien, teniendo en cuenta la liquidación realizada, se aprecia que la misma arroja un monto total de pago a razón de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$51.027.293 teniendo en cuenta la liquidación que se adjunta, el cual resulta superior al otorgado por COLENSIONES al demandante; circunstancia por la cual, en virtud del monto ya reconocido por la entidad en valor de \$49.949.319, habrá lugar a condenar a la encartada a reconocer por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$1.077.974, la cual deberá pagarse de manera indexada al momento en que se efectúe la correspondiente cancelación.

Promedio Salarial Anual
Año 1976



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/06/76	30/06/76	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		
01/07/76	01/07/76	1	1.290,00	43,00	\$ 43,00		
Total días		31			\$ 1.333,00	\$ 43,00	\$ 1.290,00
Año 1978							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
13/03/78	31/03/78	19	2.430,00	81,00	\$ 1.539,00		
01/04/78	30/04/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/05/78	31/05/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/06/78	30/06/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/07/78	31/07/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/08/78	31/08/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/09/78	30/09/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/10/78	31/10/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/11/78	30/11/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/12/78	31/12/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
Total días		294			\$ 23.814,00	\$ 81,00	\$ 2.430,00
Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	31/01/79	31	3.300,00	110,00	\$ 3.410,00		
01/02/79	28/02/79	28	3.300,00	110,00	\$ 3.080,00		
01/03/79	31/03/79	31	3.300,00	110,00	\$ 3.410,00		
01/04/79	30/04/79	30	3.300,00	110,00	\$ 3.300,00		
01/05/79	31/05/79	31	3.300,00	110,00	\$ 3.410,00		
01/06/79	30/06/79	30	3.300,00	110,00	\$ 3.300,00		
01/07/79	31/07/79	31	3.300,00	110,00	\$ 3.410,00		
01/08/79	31/08/79	31	3.300,00	110,00	\$ 3.410,00		
01/09/79	30/09/79	30	3.300,00	110,00	\$ 3.300,00		
01/10/79	01/10/79	1	3.300,00	110,00	\$ 110,00		
Total días		274			\$ 30.140,00	\$ 110,00	\$ 3.300,00
Año 1984							



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
23/02/84	29/02/84	7	39.310,00	1.310,33	\$ 9.172,33		
01/03/84	31/03/84	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/04/84	30/04/84	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/05/84	31/05/84	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/06/84	30/06/84	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/07/84	30/07/84	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/08/84	31/08/84	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/09/84	30/09/84	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/10/84	31/10/84	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/11/84	30/11/84	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/12/84	31/12/84	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
Total días		312			\$ 448.740,00	\$ 1.438,27	\$ 43.148,08
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/02/85	28/02/85	28	54.630,00	1.821,00	\$ 50.988,00		
01/03/85	31/03/85	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/04/85	30/04/85	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/05/85	31/05/85	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/06/85	30/06/85	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/07/85	31/07/85	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/08/85	31/08/85	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/09/85	30/09/85	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/10/85	31/10/85	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/11/85	30/11/85	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/12/85	31/12/85	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
Total días		365			\$ 680.816,00	\$ 1.865,25	\$ 55.957,48
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/02/86	28/02/86	28	70.260,00	2.342,00	\$ 65.576,00		



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

01/03/86	31/03/86	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/04/86	30/04/86	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/05/86	31/05/86	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/06/86	30/06/86	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/07/86	31/07/86	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/08/86	31/08/86	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/09/86	30/09/86	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/10/86	31/10/86	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/11/86	30/11/86	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/12/86	31/12/86	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
Total días		365			\$ 923.426,00	\$ 2.529,93	\$ 75.898,03
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/02/87	28/02/87	28	99.630,00	3.321,00	\$ 92.988,00		
01/03/87	31/03/87	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/04/87	30/04/87	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/05/87	31/05/87	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/06/87	30/06/87	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/07/87	31/07/87	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/08/87	31/08/87	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/09/87	30/09/87	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/10/87	31/10/87	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/11/87	30/11/87	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/12/87	31/12/87	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
Total días		365			\$ 1.286.707,00	\$ 3.525,22	\$ 105.756,74
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/02/88	29/02/88	29	136.290,00	4.543,00	\$ 131.747,00		
01/03/88	31/03/88	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/04/88	30/04/88	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

01/05/88	31/05/88	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/06/88	30/06/88	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/07/88	31/07/88	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/08/88	31/08/88	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/09/88	30/09/88	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/10/88	31/10/88	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/11/88	30/11/88	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/12/88	31/12/88	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
Total días		366			\$ 1.721.481,00	\$ 4.703,50	\$ 141.105,00
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/02/89	28/02/89	28	165.180,00	5.506,00	\$ 154.168,00		
01/03/89	31/03/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/04/89	30/04/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/05/89	31/05/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/06/89	30/06/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/07/89	31/07/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/08/89	31/08/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/09/89	30/09/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/10/89	31/10/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/11/89	30/11/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/12/89	31/12/89	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
Total días		365			\$ 2.081.548,00	\$ 5.702,87	\$ 171.086,14
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/02/90	28/02/90	28	234.720,00	7.824,00	\$ 219.072,00		
01/03/90	31/03/90	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/04/90	30/04/90	30	234.720,00	7.824,00	\$ 234.720,00		
01/05/90	31/05/90	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/06/90	30/06/90	30	254.730,00	8.491,00	\$ 254.730,00		



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

01/07/90	31/07/90	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/08/90	31/08/90	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/09/90	30/09/90	30	275.850,00	9.195,00	\$ 275.850,00		
01/10/90	31/10/90	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/11/90	30/11/90	30	275.850,00	9.195,00	\$ 275.850,00		
01/12/90	31/12/90	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
Total días		365			\$ 3.128.034,00	\$ 8.569,96	\$ 257.098,68
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	321.540,00	10.718,00	\$ 332.258,00		
01/02/91	28/02/91	28	321.540,00	10.718,00	\$ 300.104,00		
01/03/91	31/03/91	31	321.540,00	10.718,00	\$ 332.258,00		
01/04/91	30/04/91	30	321.540,00	10.718,00	\$ 321.540,00		
01/05/91	31/05/91	31	321.540,00	10.718,00	\$ 332.258,00		
01/06/91	30/06/91	30	372.030,00	12.401,00	\$ 372.030,00		
01/07/91	31/07/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/08/91	31/08/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/09/91	30/09/91	30	372.030,00	12.401,00	\$ 372.030,00		
01/10/91	31/10/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/11/91	30/11/91	30	372.030,00	12.401,00	\$ 372.030,00		
01/12/91	31/12/91	31	427.560,00	14.252,00	\$ 441.812,00		
Total días		365			\$ 4.329.613,00	\$ 11.861,95	\$ 355.858,60
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	247.560,00	8.252,00	\$ 255.812,00		
01/02/92	29/02/92	29	247.560,00	8.252,00	\$ 239.308,00		
01/03/92	31/03/92	31	247.560,00	8.252,00	\$ 255.812,00		
01/04/92	30/04/92	30	247.560,00	8.252,00	\$ 247.560,00		
01/05/92	31/05/92	31	247.560,00	8.252,00	\$ 255.812,00		
01/06/92	30/06/92	30	457.290,00	15.243,00	\$ 457.290,00		
01/07/92	31/07/92	31	457.290,00	15.243,00	\$ 472.533,00		
01/08/92	31/08/92	31	457.290,00	15.243,00	\$ 472.533,00		



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

01/09/92	30/09/92	30	457.290,00	15.243,00	\$ 457.290,00		
01/10/92	31/10/92	31	457.290,00	15.243,00	\$ 472.533,00		
01/11/92	30/11/92	30	457.290,00	15.243,00	\$ 457.290,00		
01/12/92	31/12/92	31	590.010,00	19.667,00	\$ 609.677,00		
Total días		366			\$ 4.653.450,00	\$ 12.714,34	\$ 381.430,33
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	590.010,00	19.667,00	\$ 609.677,00		
01/02/93	28/02/93	28	590.010,00	19.667,00	\$ 550.676,00		
01/03/93	31/03/93	31	590.010,00	19.667,00	\$ 609.677,00		
01/04/93	30/04/93	30	590.010,00	19.667,00	\$ 590.010,00		
01/05/93	31/05/93	31	590.010,00	19.667,00	\$ 609.677,00		
01/06/93	30/06/93	30	590.010,00	19.667,00	\$ 590.010,00		
01/07/93	31/07/93	31	590.010,00	19.667,00	\$ 609.677,00		
01/08/93	31/08/93	31	590.010,00	19.667,00	\$ 609.677,00		
01/09/93	30/09/93	30	665.070,00	22.169,00	\$ 665.070,00		
01/10/93	31/10/93	31	665.070,00	22.169,00	\$ 687.239,00		
01/11/93	30/11/93	30	665.070,00	22.169,00	\$ 665.070,00		
01/12/93	31/12/93	31	665.070,00	22.169,00	\$ 687.239,00		
Total días		365			\$ 7.483.699,00	\$ 20.503,28	\$ 615.098,55
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	665.070,00	21.453,87	665.070,00		
01/02/94	28/02/94	28	665.070,00	23.752,50	665.070,00		
01/03/94	31/03/94	31	665.070,00	21.453,87	665.070,00		
01/04/94	30/04/94	30	665.070,00	22.169,00	665.070,00		
01/05/94	31/05/94	31	850.000,00	27.419,35	850.000,00		
01/06/94	30/06/94	30	952.000,00	31.733,33	952.000,00		
01/07/94	31/07/94	31	952.000,00	30.709,68	952.000,00		
01/08/94	31/08/94	31	952.000,00	30.709,68	952.000,00		
01/09/94	30/09/94	30	952.000,00	31.733,33	952.000,00		
01/10/94	31/10/94	31	952.000,00	30.709,68	952.000,00		



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

01/11/94	30/11/94	30	952.000,00	31.733,33	952.000,00		
01/12/94	31/12/94	31	1.974.000,00	63.677,42	1.974.000,00		
Total días		365			\$ 11.196.280,00	\$ 30.674,74	\$ 920.242,19
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	1.183.000,00	39.433,33	1183000		
01/02/95	28/02/95	30	1.104.000,00	36.800,00	1104000		
01/03/95	31/03/95	30	1.183.000,00	39.433,33	1183000		
01/04/95	30/04/95	30	1.183.000,00	39.433,33	1183000		
01/05/95	31/05/95	30	1.313.000,00	43.766,67	1313000		
01/06/95	30/06/95	30	1.313.000,00	43.766,67	1313000		
01/07/95	31/07/95	30	1.313.000,00	43.766,67	1313000		
01/08/95	31/08/95	30	1.313.000,00	43.766,67	1313000		
01/09/95	30/09/95	30	1.313.000,00	43.766,67	1313000		
01/10/95	31/10/95	30	1.313.000,00	43.766,67	1313000		
01/11/95	30/11/95	30	1.444.000,00	48.133,33	1444000		
01/12/95	31/12/95	30	1.444.000,00	48.133,33	1444000		
Total días		360			\$ 15.419.000,00	\$ 42.830,56	\$ 1.284.916,67
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	1.444.000,00	48.133,33	1444000		
01/02/96	29/02/96	30	1.444.000,00	48.133,33	1444000		
01/03/96	31/03/96	30	1.444.000,00	48.133,33	1444000		
01/04/96	30/04/96	30	1.444.000,00	48.133,33	1444000		
01/05/96	31/05/96	30	1.589.000,00	52.966,67	1589000		
01/06/96	30/06/96	30	1.589.000,00	52.966,67	1589000		
01/07/96	31/07/96	30	1.589.000,00	52.966,67	1589000		
01/08/96	31/08/96	30	1.589.000,00	52.966,67	1589000		
01/09/96	30/09/96	30	1.589.000,00	52.966,67	1589000		
01/10/96	31/10/96	30	1.589.000,00	52.966,67	1589000		
01/11/96	30/11/96	30	1.851.000,00	61.700,00	1851000		
01/12/96	31/12/96	30	1.764.000,00	58.800,00	1764000		



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Total días	360				\$ 18.925.000,00	\$ 52.569,44	\$ 1.577.083,33
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	1.764.000,00	58.800,00	1764000		
01/02/97	28/02/97	30	1.764.000,00	58.800,00	1764000		
01/03/97	31/03/97	30	1.907.000,00	63.566,67	1907000		
Total días	90				\$ 5.435.000,00	\$ 60.388,89	\$ 1.811.666,67

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1976	31	0,290	102,71	354,172	\$ 1.290,00	\$ 456.882,00	\$ 472.111,00
1978	294	0,470	102,71	218,532	\$ 2.430,00	\$ 531.033,00	\$ 5.204.123,00
1979	274	0,560	102,71	183,411	\$ 3.300,00	\$ 605.255,00	\$ 5.527.996,00
1984	312	1,650	102,71	62,248	\$ 43.148,08	\$ 2.685.902,00	\$ 27.933.381,00
1985	365	1,950	102,71	52,672	\$ 55.957,48	\$ 2.947.381,00	\$ 35.859.802,00
1986	365	2,380	102,71	43,155	\$ 75.898,03	\$ 3.275.414,00	\$ 39.850.870,00
1987	365	2,880	102,71	35,663	\$ 105.756,74	\$ 3.771.623,00	\$ 45.888.080,00
1988	366	3,580	102,71	28,690	\$ 141.105,00	\$ 4.048.295,00	\$ 49.389.199,00
1989	365	4,580	102,71	22,426	\$ 171.086,14	\$ 3.836.737,00	\$ 46.680.300,00
1990	365	5,780	102,71	17,770	\$ 257.098,68	\$ 4.568.617,00	\$ 55.584.840,00
1991	365	7,650	102,71	13,426	\$ 355.858,60	\$ 4.777.809,00	\$ 58.130.010,00
1992	366	9,700	102,71	10,589	\$ 381.430,33	\$ 4.038.836,00	\$ 49.273.799,00
1993	365	12,140	102,71	8,460	\$ 615.098,55	\$ 5.204.017,00	\$ 63.315.540,00
1994	365	14,890	102,71	6,898	\$ 920.242,19	\$ 6.347.755,00	\$ 77.231.019,00
1995	360	18,250	102,71	5,628	\$ 1.284.916,67	\$ 7.231.441,00	\$ 86.777.292,00
1996	360	21,800	102,71	4,711	\$ 1.577.083,33	\$ 7.430.377,00	\$ 89.164.524,00
1997	90	26,520	102,71	3,873	\$ 1.811.666,67	\$ 7.016.451,00	\$ 21.049.353,00
Total días	5373	Total devengado actualizado a				2019	\$ 757.332.239,00
Semanas Cotizadas S.C.	767,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 986.660,28
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					6,738%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a					2019 \$ 51.027.293,00

Lo anterior conlleva a que, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de COLPENSIONES, se modifique la condena de primera instancia, la cual dispuso que la diferencia de la indemnización ascendía a la suma de \$6.175.808.

d. Del pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Recalca la Sala que el operador de instancia dispuso el pago de esta figura bajo el entendido que eran procedentes ante el reajuste necesario.

A pesar de lo anterior, no goza de prosperidad el pago de intereses moratorios, máxime si se tiene en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el mismo procede únicamente respecto de pago de mesadas pensionales, aspecto que no es óbice del asunto de marras; circunstancia por la cual, habrá de revocarse este aspecto. En subsidio, se dispondrá el pago indexado.

e. De la condena de costas procesales:

En el recurso de alzada COLPENSIONES refutó la imposición de condena en costas en primer grado. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena al pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, tópico por el que se confirmará este aspecto.

Por último, frente a la excepción de prescripción planteada por COLPENSIONES, no tiene vocación de aceptación como quiera que la indemnización sustitutiva es un derecho adquirido que por demás lo contempla la Ley 100 de 1993, a su vez que los derechos de la seguridad social gozan del carácter de irrenunciables, sentencia SL 4141-2021, Radicación No. 83507 del 15 de septiembre de 2021, situaciones todas por las que la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad en su integridad, como quiera que se condenó al pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del demandante señor GERMÁN LEIVA VARÓN en la suma de **\$1.077.974**, ello por cuanto el valor total de condena de dicho concepto ascendió a la suma de \$51.027.293, monto respecto del cual la entidad mediante la Resolución SUB 162265 del 21 de junio de 2019 le pagó el monto de \$49.949.319.

Asimismo, la suma de \$1.077.974 adeudado deberá cancelarse de manera indexada al momento del correspondiente pago, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

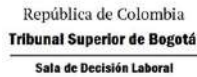
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



La señora MYRIAM EDITH MORA MORA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por consiguiente, se les condene a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. en virtud del retorno automático con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses según lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, con los rendimientos que se hubiesen causado.

Condenar a COLPENSIONES recibirla como afiliada activa, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En últimas, se les condene a las demandadas lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 1º de noviembre de 1962, iniciando cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 2 de mayo de 1980, al igual que en la anualidad 1995 cuando se encontraba laborando al servicio de la empleadora CITITRUST, presuntamente suscribió formulario de afiliación ante la AFP PORVENIR S.A.

Que al momento de trasladarse con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS no recibió ningún tipo de asesoría respecto de las ventajas y desventajas del traslado, así como que tuvo traslados horizontales con destino de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., pero a pesar de ello, en todo momento fue desinformada acerca de las características de ambos regímenes pensionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones, bajo el entendido que la afiliación efectuada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo con el lleno de los requisitos legales exigidos para dicho momento, sin observarse la configuración de algún vicio en el consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, siendo así improcedente la devolución de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más aún cuando se observa que la actora se encuentra inmersa en la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A. indicó que la afiliación de la demandante ante sus dependencias se llevó a cabo a través de una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias de ambos regímenes, entre otros aspectos.

Formuló los medios exceptivos de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

PORVENIR S.A. arguyó que como administradora pensional, comunicó a la demandante una información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, el funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual existe paralelamente con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia y a los cuales se le atribuye la carga de informar a sus afiliados todas las

características y condiciones propias de su sistema de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

Impetró las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. mencionó que al demandante se le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MYRIAM EDITH MORA MORA de C.C # 35.500.569, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS S.A a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. ABSOLVER a las demandadas PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., y a favor de la demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000)."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia refirió que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, expuso que el traslado de régimen se colige con las documentales que obran en el plenario y el interrogatorio de parte, sin embargo, de la declaración de la actora no se desprende confesión alguna sobre una debida información del parte del fondo privado, más exactamente COLFONDO S.A., pues no fue enterada de las características y condiciones de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho al fondo privado.

Absolvió al restante de AFP por cuanto no yace prueba de que la demandante se hubiese afiliado ante sus dependencias.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que no resulta procedente la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

Lo anterior, primeramente como quiera que los gastos de administración corresponden a descuentos originados de manera legal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, así como que los mismos corresponden al ejercicio juicioso que deben ejercer las administradoras pensionales con relación de los aportes que se depositan de manera mensual por los afiliados, situación que por demás se acompasa con los artículos 100 y 101 de la mentada disposición normativa, donde se conminan a las administradoras privadas a ejercer en debida forma las funciones, estableciendo un mínimo de rentabilidad que se debe garantizar para cada año según los toques que el gobierno fije.

Que en igual sentido, los artículos 70 y 73 de la Ley 100 de 199, regulan la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, para lo cual deben contar con un tercero segurador de buena fe y a través de un contrato autónomo un acto jurídico independiente para el pago de primas de seguros previsionales, primas que en la actualidad se encuentran cumpliendo su objetivo al encontrarse la actora afiliada a las mismas.

Finalmente, alegó no resultar procedente la indexación, máxime si tal figura no fue pretendida en la demanda.

COLPENSIONES por su parte refirió que no existe razón imponer a las administradoras pensionales imponer obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento al momento del traslado de régimen, toda vez que tal exigencia iría en contravía del principio de confianza legítima teniendo en cuenta que los principios de legalidad y debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, máxime si en la época de afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad el único requisito que contemplaba la norma era el formulario de afiliación.

Por otra parte, expuso que, de proceder el traslado de la actora, dicha situación iría en contravía de la sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante ante la AFP COLFONDOS S.A. el 29 de septiembre de 1999 (Fl. 460 – PDF 15 EXPEDIENTE DIGITALIZADO), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, la aquí demandante señora MYRIAM EDITH MORA MORA en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1999 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total

información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

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

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

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



asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, de allí que en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPESNIONES, contrario a lo decidido por la operadora de instancia, los mismos deben prosperar, lo que conlleva a su vez a que la decisión de primer grado se confirme.

COSTAS en esta instancia a cargo de CONFONDO S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de alzada no gozaron con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



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

Ordinario Laboral 1100131050 27 2020 00432 01
Demandante: JORGE ANTONIO MONTERO BERNAL
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ANTONIO MONTERO BERNAL promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. por omisión del deber de información por parte de dicho fondo, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha estado afiliada en el régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero que obren en su cuenta individual de ahorro, tales como cotizaciones, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración. Se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra, reciba tales emolumentos, actualizar y corrija su historia laboral y se condene a dicha entidad a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales desde el momento en que cumplió los requisitos de ley debidamente indexadas, más la costas y agencias derecho y lo que resulte probado de forma *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 11 de octubre de 1963, y estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1997, por medio de diferentes empresas. Posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 2 de diciembre de 1997, sin que se le suministrara información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión, ya que no se le explicó la naturaleza propia del R.A.I.S., sus características, ni sus diferencias, ventajas y desventajas con el régimen de prima media con prestación definida, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación.

Añadió, que tampoco se le indicaron las condiciones que debía acreditar para acceder a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte en ambos regímenes, no realizaron proyecciones de su mesada ni le indicaron que contaba con un plazo para retornar al régimen de prima media, de modo que, actualmente se encuentra afiliado en COLFONDOS S.A. (f. 6 a 21 archivo 01 y archivo 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por falta al deber de información al actor por parte de la administradora de pensiones, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento;

asimismo, indicó que no se evidencia manifestación de inconformidad alguna por parte del promotor sobre el particular, por el contrario lo que se advierte de las documentales que obran en el plenario es que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, sostuvo que no procede el traslado ya que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado.

Formuló como excepción previa la de falta de competencia - reclamación administrativa, la cual se declaró probada en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, frente a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y la indexación de la misma.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (f. 1 a 52 archivo 10).

COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además lo asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias, ventajas y desventajas entre el RAIS y el RPMPD, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, lo cual se comprueba con el formulario de vinculación. Adicionalmente, sostuvo que no se dan los presupuestos establecidos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, para declarar la ineficacia deprecada.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro

individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (f. 4 a 22 archivo 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de julio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JORGE ANTONIO MONTERO BERNAL del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JORGE ANTONIO MONTERO BERNAL, 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, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor JORGE ANTONIO MONTERO BERNAL, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y actualizar la historia laboral del demandante para incluir las semanas cotizadas al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que el actor estuvo afiliado al ISS y se trasladó de régimen pensional a COLFONDOS S.A. el 22 de diciembre de 1997, además, adujo que atendiendo la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio

recaudado en el trámite procesal, se advierte que COLFONDOS S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar la correcta y clara asesoría suministrada al momento del traslado del gestor, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, carga probatoria que pretende demostrar con el formulario de afiliación el cual no es prueba idónea para satisfacer ese deber.

Concluyendo así, que el fondo privado incumplió con el deber de información, por ende, declaró la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los valores que haya recibido COLFONDOS S.A. con motivo de esa afiliación, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas y condenó en costas al fondo privado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, solicita no se condene a devolver los gastos de administración, ya que los mismos se descuentan por disposición legal y no por capricho de esa administradora y tienen una destinación específica, como lo es la defensa judicial del fondo, el pago de seguros previsionales y las gestiones del fondo para generar rendimientos a favor del afiliado, siendo ese fondo el de mejor gestión en ese sentido, ya que los rendimientos son superiores a los que se hubiesen generado en el régimen de prima media, de modo que, tal condena conlleva aun enriquecimiento injustificado a favor de COLPENSIONES, además esos conceptos no financian la pensión de vejez y se encuentran prescritos y están en poder de terceros, a los cuales se les vulnera su derecho de defensa pues tales emolumentos no hicieron parte de la fijación del litigio.

Por su parte COLPENSIONES, en la impugnación señaló que en el curso del proceso no se demostró algún daño sufrido por el actor y la falta de información que alega al momento del traslado, ya que la asesoría que se le brindó se demuestra con el formulario de afiliación, vinculación que cumple con los requisitos de ley, además no se acreditó el vicio en el consentimiento y tampoco se elevó inconformidad alguna, de ahí, que su vinculación al sistema general de pensiones debe regirse por los lineamientos del régimen de ahorro individual. Finalmente dijo que su actuar siempre ha estado ajustado a derecho, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación mediante el cual el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 2 de diciembre de 1997, vinculación que se hizo efectiva el 1º de febrero de 1998 según el reporte SIAFP. (f. 98 a 100 archivo 13).

Formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el demandante JORGE ANTONIO MONTERO BERNAL en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que con la anuencia de su empleador los asesores de COLFONDOS arribaron a su lugar de trabajo, y en una reunión que no duró más de cinco minutos les manifestaron que tenían que trasladarse por cuanto el ISS sería liquidado y perderían las garantías de esa entidad, y a continuación les entregaron el formulario de afiliación, acotando que lo suscribió de forma voluntaria pero no consciente.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la

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

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

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad*

judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó al gestor en el tiempo que permaneció en ese fondo, de forma indexada al momento del pago. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de julio de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó al gestor en el tiempo que permaneció en ese fondo, de forma indexada al momento del pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

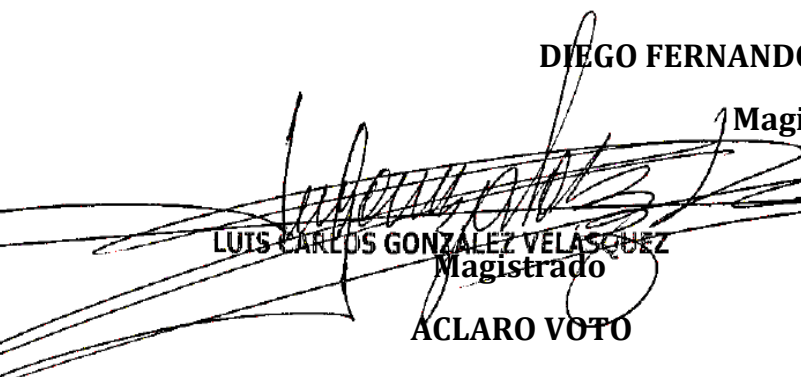
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

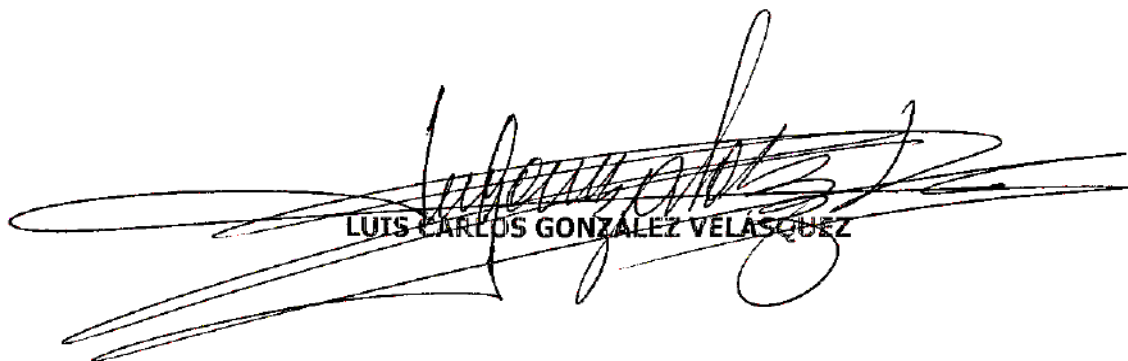
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 27 2020 00432 01 DE JORGE ANTONIO MONTERO BERNAL contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora ADRIANA ISABEL MORA BRAVO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del formulario de afiliación que suscribió el 7 de enero de 2000, mediante el cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., y se declare que para efectos pensionales siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que obren en su cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros y el bono pensional. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES reciba tales sumas, y condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 2 de enero de 1967 y que desde noviembre de 2011 realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Añadió que el 7 de enero de 2000 fue visitada por un asesor de PORVENIR S.A. en su lugar de trabajo; empero, no le informó sobre las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, las modalidades de pensión en ese régimen, no le realizó un comparativo sobre las características, ventajas, desventajas de ambos regímenes pensionales, las consecuencias del traslado y los requisitos para obtener las prestaciones económicas en ambos regímenes.

Al contrario, el asesor de PORVENIR le indicó que ese régimen le era más beneficioso para sus intereses y que se podía pensionarse en cualquier tiempo sin explicar cómo lo lograría, además que el ISS sería liquidado, motivo por el cual suscribió el formulario de afiliación el cual fue diligenciado por el asesor.

De otro lado, mencionó que el 30 de junio de 2007 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., el cual incurrió en las falencias del fondo primigenio. Igualmente, refirió que el 8 de octubre de 2021 solicitó a COLPENSIONES retornar a ese régimen,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a PORVENIR S.A. anular su afiliación y entregar los soportes de la información brindada por esta administradora y a PROTECCIÓN S.A. el traslado de sus aportes y una simulación pensional, pedimentos que fueron negados por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (f. 1 a 21 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional y los demás traslados horizontales que efectuó la demandante, gozan de completa validez dado que le informó acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 1 a 31 archivo 04).

PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda dijo oponerse a las pretensiones de la demanda, toda vez que la afiliación de la actora a ese fondo es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones y estuvo precedida de una asesoría adecuada, suficiente, clara y oportuna de su parte, lo que se demuestra a través de la firma del formulario de vinculación el cual cumple con los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; por ende, no existe razón para que COLPENSIONES deba recibir a la actora como afiliada al RPMPD, ya que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 1 a 25 archivo 05).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, indicando que con las pruebas allegadas al plenario no se demuestra la falta de información a que hace referencia la demandante, puesto que se observa la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional con la firma del formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones (fls. 3 a 15 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de julio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ADRIANA ISABEL MORA BRAVO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de SEPTIEMBRE DE 2000, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ADRIANA ISABEL MORA BRAVO identificada con C.C. 30.743.628, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, consúltese con el superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS, y que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. De otro lado, expuso que el presente caso debe abordarse bajo la institución de las ineficacias según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Acorde con lo anterior, sostuvo que a la AFP le corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el deber de información por parte de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió al trasladarse de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado, dado que el acto de traslado no puede subsanarse ante la falta de información como la nulidad.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de

PROTECCIÓN S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliada la actora en la actualidad. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto adujo que se oponía a la prosperidad de las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del traslado de régimen que realizó la actora a la AFP Horizonte y posteriormente a Protección, teniendo en cuenta que dicho traslado se realizó conforme a derecho ya que la demandante manifestó de manera libre su voluntad de trasladarse de régimen y acepto haber suscrito los formularios de afiliación de forma libre, aunado a que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen que establece el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, ya que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las



operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aporta el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del régimen de prima media de prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1º de julio de 2000 con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y a PROTECCIÓN S.A. el 1º de mayo de 2007, las cuales se hicieron efectivas el 1º de septiembre de 2000 y el 1º de julio de 2007 como se aprecia de la certificación del SIAFP (f. 30 y 65 - archivo 06 y f. 31 y 41 archivo 05).

Formularios que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante ADRIANA ISABEL MORA BRAVO en el interrogatorio de parte a ella practicado, señaló que inició realizando cotizaciones al ISS, y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., ante comentarios de que el ISS iba a ser liquidada; de ese modo, le fueron suministrados los formularios de afiliación, el cual suscribió voluntariamente, enfatizando que no tuvo contacto con los asesores del fondo privado, pues de la afiliación se encargó una persona de Recursos Humanos. Sobre su traslado a PROTECCIÓN S.A., señaló que se dio por cuanto una compañera de trabajo tenía un familiar que laboraba para el fondo y le mencionó que era más seguro que PORVENIR S.A., quien hizo el trámite de afiliación a ese fondo, indicando que su motivación para trasladarse se da a razón del valor de su pensión en el fondo privado y por cuanto no le dieron información.

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

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

desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

beneficios pensionales” contrario a lo sostenido por COLPENSIONES en su apelación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada; sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de condenar a la demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, lo atinente a gastos de administración y seguros previsionales indexados. Igualmente, se condena a PORVENIR S.A. antes HORIZONTE a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo que permaneció en ese fondo, de forma indexada al momento de su pago, por las razones antes expuestas. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de julio de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, lo atinente a gastos de administración y seguros previsionales indexados.

Igualmente, se condena a PORVENIR S.A. antes HORIZONTE a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la gestora en el tiempo que permaneció en ese fondo, de forma indexada al momento de su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

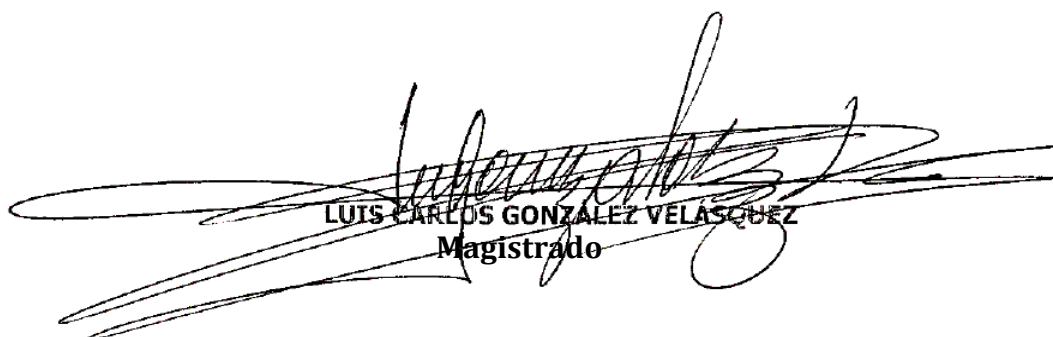
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 28 2022 00012 01 DE ADRIANA ISABEL MORA BRAVO contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 29 2021 00508 01
Demandante: CARLOS ARTURO RAMOS CORTÉS
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida, fue advena a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS ARTURO RAMOS CORTÉS promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, con la finalidad de que se reconozca y pague la reliquidación pensional a la que dice tener derecho desde la fecha del cumplimiento de los 60 años de edad hasta 4 de abril de 2018, día anterior a la calenda de reconocimiento de la reliquidación de la prestación por parte de la entidad, así como que sobre dichos valores se descuente lo pagado por la entidad.

Igualmente, se condene a la indexación de los valores adeudados, los reajustes correspondientes, pago de intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 26 de abril de 1953, cotizando ante la encartada un total de 1.914 semanas, indicando a su vez que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, siendo así beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, merecedor de la pensión de vejez reglada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad.

Que se vinculó mediante contrato laboral a término indefinido el 12 de junio de 2006 con la empresa TEXTRON S.A., desempeñando el cargo de Gerente Financiero, sin que se pactara un salario integral, así como que el 23 de junio de esa misma anualidad, la empresa lo vinculó al sistema pensional con un ingreso salarial mensual de \$4.000.000 como salario ordinario.

Seguidamente, mencionó que pesar de ello, la referida empresa realizó los aportes en pensión y en salud en un ingreso del 30%, es decir, inferior al devengado a partir del mes de septiembre de 2006, hasta cuando finalizó el contrato de trabajo que lo fue el 31 de agosto de 2011.

Que por tal razón, el 6 de junio de 2012 solicitó el reconocimiento y pago a la empresa TEXTRON S.A. de las diferencias en las cotizaciones de los aportes en pensión a favor de COLPENSIONES, en las cuantías del salario ordinario realmente devengado, así como que el 16 de julio de 2012 inició proceso ordinario en contra de esa empleadora solicitando el reconocimiento y pago de las diferencias en las cotizaciones, junto con la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., asunto que le correspondió al Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá bajo la radicación No. 1100131050

23 2012 00448 00, tópico que conllevó a su vez interrumpir el término prescriptivo.

Expuso que el 9 de mayo de 2013 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, prestación que le fue reconocida en cuantía de \$3.972.592 a partir del 26 de abril de 2013, pero sin que la entidad tuviera en cuenta el valor total devengado en la empresa TEXTRON S.A.

Indicó que dentro del proceso ordinario con radicación 1100131050 23 2012 00448 00 se profirió sentencia el 27 de septiembre de 2013, donde se accedió parcialmente a las pretensiones, condenando a TEXTRON S.A. a reconocer y pagar a su favor y ante la entidad encartada la diferencia de los aportes efectuados para pensión sobre la proporción adeudada, estos es, respecto del 30% del salario devengado por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2006 y el 16 de agosto de 2011, decisión que revocó este Tribunal el 27 de febrero de 2014, pero que ante el recurso extraordinario de casación interpuesto, la decisión de segunda fue casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que no obstante lo anterior, a pesar que solicitó a COLPENSIONES realizar el cobro de los aportes a pensión frente a la empresa TEXTRON S.A., al no resolver de fondo la encartada su solicitud, fue por lo que instauró acción constitucional de tutela que le correspondiera al Juzgado Sesenta y Uno Administrativo de Bogotá, el que negó el amparo, pero a pesar de ello, en sede de impugnación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en decisión proferida el 26 de octubre de 2020 dispuso amparar sus derechos y, después de ciertos trámites, TEXTRON S.A. le comunicó que había efectuado el pago de su cargo.

Por último, adujo que solicitó la reliquidación pensional nuevamente ante COLPENSIONES, quien mediante Resolución SUB 175880 del 30 de julio de 2021 reconoció de manera parcial lo perseguido, con el argumento de que

había operado de manera parcialmente el fenómeno prescriptivo, decisión que fue confirmada en Resolución DPE 8599 del 4 de octubre de 2021.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que al aquí demandante señor CARLOS ARTURO RAMOS CORTÉS mediante Resolución SUB 175880 del 30 de julio de 2021 le fue reliquidada su pensión de vejez con un total de 1.914 semanas, teniendo en cuenta un IBL de \$6.429.735 y una tasa de reemplazo del 90%, arrojando así una cuantía de la prestación en valor de \$5.786.762 a partir del 5 de abril de 2018; sin embargo, en lo concerniente a las diferencias pensionales desde el 26 de abril de 2013, debe tenerse en cuenta que como entidad actúa con apego a las normas que regulan sus actuaciones, es así como al no existir reclamación administrativa con anterioridad al 5 de abril de 2021 por parte del demandante, fue por lo que se dio aplicación a la prescripción trienal dispuesta en el artículo 488 del C.S.T.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de febrero de 2023, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES del retroactivo causado, con anterioridad al 27 de junio de 2016.

En tal sentido, condenó a la encartada pagar a favor del demandante señor CARLOS ARTURTO RAMOS CORTÉS el retroactivo pensional causado entre el 27 de junio 2016 y el 4 de abril de 2018 en la suma de \$19.544.048, junto con

el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre dicho retroactivo, a partir del 5 de agosto de 2021 y hasta la fecha en que los mismos se cancelen.

Asimismo, autorizó a la entidad descontar del retroactivo pensional los aportes a salud y condenó en costas procesales a la demandada por valor de \$2.000.000.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el derecho pensional es imprescriptible, misma situación que sucede respecto de los factores salariales.

Expuso que en efecto el empleador TEXTRON S.A. dejó de cancelar sobre el 30% el monto salarial que devengaba el demandante, lo que conllevó a que el actor tuviese que acudir ante la justicia ordinaria solicitando el pago de las cotizaciones, por lo que ante el trámite adelantado tanto en primera como en segunda instancia y en casación dentro del proceso ordinario 1100131050 23 2012 00448 00 que cursó en el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, la sentencia que dispuso el derecho por parte de la empresa al reajuste de las cotizaciones quedó en firme el 27 de junio de 2019, coligiendo entonces la falladora de instancia que desde dicha calenda se adquirió el derecho para la inclusión ante COLPENSIONES de esos valores y, por consiguiente, se ordenó la reliquidación de la mesada pensional.

Que por tal razón, teniendo en cuenta el término de prescripción trienal establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., al haberse hecho exigible la obligación en la fecha de ejecutoria de la sentencia que lo fue el 27 de junio de 2019, al interrumpirse la misma con el reclamo del demandante que fuera el 5 de abril de 2021, no transcurrieron más de 3 años, de allí que considerara que la prestación debía ser reliquidada desde el 27 de junio de 2016 hasta el 4 de abril de 2018, como quiera que a partir del 5 de abril de 2018 fue cancelado el retroactivo por parte

de COLPENSIONES, recalcando que no fue objeto de discusión que el señor CARLOS ARTURO RAMOS CORTÉS era beneficiario del régimen de transición, como tampoco el IBL tenido en cuenta para calcular la reliquidación pensional que se decidió en los actos administrativos emitidos por la entidad.

Expuso que si bien el demandante solicitó el pago del retroactivo pensional desde la misma fecha en que le fue reconocida la pensión de vejez, en tratándose de los aportes dejados de cotizar por el empleador en su momento a pesar de que no opere la extinción del derecho, sí procede la prescripción frente a las mesadas pensionales, máxime si esos aportes no versaron sobre una mora patronal, sino un reajuste que se encontraba en discusión y que fue dirimido por la justicia ordinaria, de allí que no le asista el derecho a reliquidar la prestación desde la calenda perseguida.

En tratándose de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, decidió la falladora de instancia que debían cancelarse sobre el retroactivo pensional desde el 5 de agosto de 2021 y hasta cuando se cancelen, en tanto la reclamación fue interpuesta el 5 de abril de 2021, puntualizando a su vez que respecto del retroactivo reconocido se le autorizaba a la entidad para realizar los descuentos en salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que el retroactivo pensional debe ser reconocido desde la fecha en que fue reconocida la pensión de vejez que lo fue en el año 2013 y teniendo en cuenta un IBL promediado en los últimos 10 años, en la medida en que se vio supeditado a presentar una acción judicial en contra de su antiguo empleador con el fin de que un juez determinara de que sí tenía un salario ordinario, situación que acaeció cuando quedó en firme el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2019, momento en que se pudo llevar a cabo la solicitud de reliquidación.

Que teniendo en cuenta criterios emanados por el órgano de cierre, el tiempo de la prescripción se vio interrumpido desde el momento en que se acudió a la jurisdicción para que un juez le ordenara el reconocimiento y pago de la diferencia en las cotizaciones en pensión, ya que no contaba con un salario integral sino ordinario, siendo esta la razón por la que se ordenó el pago del 30% adicional a sus aportes pensionales; circunstancia por la cual, hasta que la sentencia no quedó en firme, no se podía entrar a solicitar a la entidad esa reliquidación.

Frente a los intereses moratorios, estima que estos deben imputarse a COLPENSIONES desde el 19 de septiembre de 2019, data para cual fue que se pidió el cumplimiento del fallo judicial, sentencia que no fue acatada por la entidad, sino solo hasta que se instauró una acción de tutela, más aún si el reconocimiento de este rubro no es menester solicitarse de manera implícita el cumplimiento de los mismos, pues al ser una norma de orden público es de aplicación automática.

Por su parte, COLPENSIONES arguyó en su alzada la absolución de los intereses moratorios, teniendo en cuenta que cuando se accede a la reliquidación o reajuste pensional, no procede la cancelación de estos rubros, toda vez que no se adeudó mesada pensional alguna y se cumplió con las obligaciones oportunamente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si es procedente el reconocimiento y pago a favor del demandante, la reliquidación pensional desde la fecha perseguida, esto es, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad y no como se determinó por la operadora de instancia.

De salir adelante lo anterior, se auscultará si goza de prosperidad el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, de prosperar, se determinará la fecha de su procedencia.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto sub examine, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 26 de abril de 2013 bajo los apremios del Decreto 758 de 1990 y una tasa de reemplazo del 90%, prestación que se otorgó en cuantía inicial de \$4.413.991 (CARPETA 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(ii) Que el demandante instauró proceso ordinario en contra de su empleadora TEXTRON S.A., el cual correspondió por reparto al Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá bajo la radicación No. 1100131050 23 2012 00448 00. En dicho asunto, el Juzgado profirió sentencia el 27 de septiembre de 2013, por medio de la cual dispuso condenar a TEXTRON S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante y ante el extinto ISS, la diferencia de los aportes efectuados para pensión sobre la proporción adeudada, es decir, el 30% del salario devengado por el actor por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2006 y el 16 de agosto de 2011 (Fls. 46 a 47 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA).

En sede de segunda instancia este Tribunal profirió sentencia el 27 de febrero de 2014, modificando la sentencia primigenia en el sentido de absolver a TEXTRON S.A. del pago de las diferencias en las cotizaciones a pensión desde el mes de febrero de 2010 a julio de 2011, por encontrarse acreditado el salario integral (Fl. 48 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA).

Ante el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandante señor CARLOS ARTURO RAMOS CORTÉS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 30 de abril de 2019 no casó la sentencia proferida por este Tribunal el 27 de febrero de 2014 (Fls. 49 a 74 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA).

Luego de surtido el trámite procesal correspondiente, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió auto calendado el 27 de junio de 2019 cumpliendo lo resuelto por el superior funcional, es decir, que en dicha data la sentencia proferida dentro del proceso 1100131050 23 2012 00448 00 quedó ejecutoriada (Fl. 43 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA).

(iii) El demandante elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 5 de abril 2021, a través de la cual solicitó el pago de la reliquidación pensional a partir del 26 de abril 2013 y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 126 a 128 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA).

(iv) Como consecuencia de lo anterior, COLPENSIONES emitió la Resolución SUB 175880 del 30 de julio de 2021, en la que a razón de los aportes pensionales reconocidos dentro del proceso ordinario 1100131050 23 2012 00448 00, reconoció la reliquidación pensional al demandante a partir del 5 de abril de 2018 en cuantía de \$5.786.762, decisión que se confirmó en sede de apelación mediante la Resolución DPE 8599 del 4 de octubre de 2021 (Fls. 129 a 144 y 151 a 162 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA).

d. De la reliquidación pensional:

Teniendo en cuenta los anteriores precedentes, como lo determinó la *a-quo* y contrario a lo argumentado por la parte demandante en el recurso de alzada, teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo contenido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía del artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., no puede perderse de vista que la reliquidación pensional efectuada al actor por COLPENSIONES fue con ocasión de la sentencia debidamente ejecutoriada el 27 de junio de 2019 que se adelantó ante el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá bajo la radicación No. 1100131050 23 2012 00448 00, la cual definió reajustar unos aportes que el empleador TEXTRON S.A. adeudaba.

En tal sentido, a partir de la referida calenda 27 de junio de 2019 surgieron los IBC adicionales para ajustar la pensión y no antes como lo pretende ver el demandante, ya que fue allí cuando la jurisdicción ordinaria dirimió un derecho que previamente al actor no se le había reconocido, máxime si no existió una mora patronal, sino que el reconocimiento del derecho fue con ocasión de un punto de derecho dirimido judicialmente.

Bajo esta égida, ha sido enfática la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en indicar que en tratándose de derechos pensionales, no prescriben, pero sí sus mesadas; circunstancia por la cual, palmario resulta la aplicabilidad de la prescripción trienal teniendo en cuenta el precepto normativo expuesto en precedencia.

Por tal razón, al haber quedado ejecutoriada la sentencia proferida en el proceso No. 1100131050 23 2012 00448 00 el 27 de junio de 2019, presentarse la reclamación administrativa solicitando el pago de la reliquidación y los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 el 5 de abril de 2021, instaurarse la demanda el 10 de diciembre de 2021 como se desprende del acta individual de reparto y habersele notificado la misma a la entidad dentro del año siguiente, más exactamente el 14 de marzo de 2022, palmario resulta que en atención del término trienal prescriptivo, operó el mismo con anterioridad al 27 de junio de 2016, misma

data determinada por la falladora de instancia y hasta el 4 de abril de 2018, calenda anterior al reajuste reconocido por COLPENSIONES mediante las Resoluciones SUB 175880 del 30 de julio de 2021 y DPE 8599 del 4 de octubre de 2021, aspectos todos por los que se confirmará este aspecto.

Ahora bien, en lo que concierne al monto determinado por la *a-quo* encuentra la Sala que el mismo se ajusta a derecho, por lo que dicho valor de retroactivo se mantendrá incólume.

e. De los intereses moratorios:

Sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

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

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Es por ello que evidente se enrostra el retardo injustificado por la entidad en la reliquidación de la prestación, en tanto desde la anualidad 2019 quedó ejecutoriada la sentencia 1100131050 23 2012 00448 00, y tan solo hasta el año 2021 cumplió la orden judicial.

Así las cosas, al haberse elevado por el demandante la reclamación administrativa sobre estos réditos el 5 de abril de 2021, en atención de los 4 meses con que contaba la entidad para el cumplimiento de su cargo, palmario resulta que su procedencia opera a partir del 5 de agosto de 2021, misma calenda en que se dispuso el reconocimiento en primera instancia.

En este punto, pertinente resulta poner de presente no asistirle el argumento del demandante en el recurso de alzada al afirmar que los intereses moratorios deben prosperar en una fecha anterior a la aquí determinada, toda vez que fue con la solicitud del 5 de abril de 2021 en que solicitó esta figura.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 34 2019 00811 01
Demandante: NYDIA RIVAS ARENAS
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MÓNICA DEL CARMEN RAMOS SERRANO, identificada con cédula de ciudadanía 22.519.154 y T.P. 153.986 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NYDIA RIVAS ARENAS promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que le asiste derecho a la cancelación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por las semanas cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se condene a entidad encartada pagar a su favor la indemnización sustitutiva con los reajustes de ley correspondientes, que sobre las sumas adeudadas se incorporen los ajustes de valor conforme a los IPC certificados por el DANE y la cancelación de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 4 de noviembre de 1961, cotizando un total de 372.86 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que laboró como docente de la Secretaría de Educación de Bogotá – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, así como que a través de la Resolución No. 2893 del 18 de abril de 2017 le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del ente en comento, pero teniendo en cuenta únicamente los tiempos laborados como docente oficial.

Expuso que cumplió 57 años de edad el 4 de noviembre de 2018, de allí que el 31 de mayo de 2019 solicitó ante COLPENSIONES el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante distintos actos administrativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante es beneficiaria de una pensión de jubilación reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante la Resolución No. 2893

del 18 de abril de 2017, prestación que se otorgó en cuantía inicial de \$3.537.047 y que resulta incompatible con las súplicas de esta demanda de conformidad con lo estatuido en el artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de marzo de 2023, declaró que a la demandante le asiste derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que condenó a COLPENSIONES reconocerle y pagarle la misma en cuantía de \$6.598.963, suma debidamente indexada al momento del pago.

Igualmente, declaró no probados los medios exceptivos planteados por COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una institución cuyo pago procede en el evento en que el afiliado no pueda cumplir con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, regulación legal que se encuentra en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al igual que el Decreto 1730 de 2001 en su artículo 1º, modificado por el Decreto 4640 de 2005, que dispone acerca de la causación del derecho y el acceso al mismo, coligiendo que los requisitos son (i) haber cumplido la edad para obtener la pensión de

vejez, (ii) no haber cotizado el mínimo de semanas exigidas y, (iii) declarar su imposibilidad de continuar cotizando al sistema.

Refirió igualmente que en lo que atañe a la edad para acceder a la pensión de vejez, conforme da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía, se tiene que la demandante nació el 4 noviembre de 1971, quedando así acreditado el requisito del inciso 2º, numeral 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como que del reporte de semanas cotizadas en pensiones por la actora cuenta a la fecha con un total de 372.86 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de allí que al no ser esa la densidad de semanas necesarias para acceder al derecho pensional establecido por la legislación vigente en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, se considera satisfecho el segundo de los requisitos.

Que en lo que respecta al requisito de la imposibilidad de continuar cotizando al sistema, tal tópico quedó cumplido con la reclamación administrativa elevada ante COLPENSIONES para el reconocimiento del derecho aquí analizado, concluyendo así quedar debidamente acreditados todos los requisitos para acceder al pago de lo deprecado en el *petitum*.

Seguidamente, teniendo en cuenta la figura de la incompatibilidad pensional argumentada por COLPENSIONES, ello con ocasión de la pensión de jubilación que se le reconoció a la actora por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, adujo la operadora de instancia que conforme lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la prestación reconocida por el referido FOMAG es con ocasión de contingencias distintas a los aportes realizados dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al tratarse de un régimen exceptuado, por lo que tal aspecto resulta ser de carácter compatible y, en tal sentido, la señora NYDIA RIVAS ARENAS es merecedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En cuanto al monto de la indemnización, concluyó que en virtud de las prescripciones del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1730 de 2001 en su artículo 3º, teniendo en cuenta un promedio ponderado de cotizaciones equivalente al 8% y calculando el promedio mensual para cada año, estimó que el valor a cancelar ascendía a la suma de \$6.598.963 que se reconocerán a partir de la fecha para la cual se cumplió con los requisitos legales exigidos, y la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización el 31 de mayo de 2019. Adujo a su vez que sobre dicho monto habría lugar a la respectiva indexación ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por último, mencionó no existir prescripción, por lo que declaró no probado este medio exceptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Expuso en su alzada que a través de diferentes actos administrativos negó el reconocimiento y pago a favor de la demandante de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que ostenta una pensión reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la cual resulta ser incompatible con las súplicas de la demanda y con lo condenado en primera instancia.

Que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, donde se señala que nadie podrá simultáneamente desempeñar más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo las que expresamente se encuentren determinadas por la ley, situación que se acompasa con lo reglado en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

También expuso que no puede perderse de vista lo regulado en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 549 de 1999, por lo que en parte la pensión de jubilación que percibe actualmente la actora fue

financiada a razón de las cotizaciones efectuadas en COLPENSIONES, al igual que debe valorarse el principio de solidaridad.

Que debe analizarse la condena en costas dispuesta en primer grado, como quiera que las mismas no resultan proporcionales a la condena principal allí decidida en virtud del monto determinado por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de dicha entidad, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si es procedente el reconocimiento y pago a favor del demandante de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, inclusive en virtud de la compatibilidad pensional determinada en primera instancia con ocasión de la pensión que en la actualidad percibe la actora por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(i) Que a la demandante señora NYDIA RIVAS ARENAS, mediante Resolución No. 2893 del 22 de julio de 2019 le fue reconocida por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pensión de jubilación a partir del 5 de noviembre de 2016 en cuantía inicial de \$3.537.047, ello por cuanto acreditó tiempos cotizados íntegramente a dicho magisterio en su calidad de docente (Fls. 9 a 10 – PDF 02 CUADERNO PRINCIPAL).

(ii) Que la demandante inicialmente elevó ante COLPENSIONES el 4 de diciembre de 2019, solicitud de pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada por la entidad mediante la Resolución SUB 56354 del 5 de marzo de 2019 y que le fuese notificada a la actora el 4 de diciembre de 2018 (CARPETA 07 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(iii) Que la demandante elevó una segunda solicitud ante COLPENSIONES para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, más exactamente el 31 de mayo de 2019, la cual fue negada inicialmente a través de la Resolución SUB 192284 del 22 de julio de 2019, y con ocasión de los recursos de reposición y subsidiariamente apelación dicha negativa permaneció mediante las Resoluciones SUB 231979 del 26 de agosto de 2019 y DPE 9305 del 6 de septiembre de 2019 (Fls. 22 a 28 y 30 a 34 – PDF 02 CUADERNO PRINCIPAL).

(iv) Que la demandante efectuó cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 30 de agosto de 1982 y el 1º de junio de 1993 un total de 372.86 semanas, según se advierte de la historia laboral expedida por la encartada y actualizada al 9 de agosto de 2021 (CARPETA 07 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Ahora, en lo que respecta al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

A su vez, el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001 preceptúa:

“Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
- b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;
- c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;
- d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con, posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del decreto ley 1295 de 1994.”

A su vez, los artículos 2º y 3º del Decreto 1730 de 2001 en mención, preceptúan:

“Artículo 2º. Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En caso de que la Administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la Caja o Fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

“Artículo 3º. *Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

Así las cosas, claro resulta para la Sala que la demandante acreditó el precepto de que trata el literal a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, en tanto, (i) desde el 4 de noviembre de 2018 cumplió la edad requerida para pensionarse, esto es, 57 años de edad según se corrobora con la copia de su cédula de ciudadanía, ya que nació el mismo día y mes de 1961, adicional a que no es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 toda vez que al 1º de abril no tenía 31 años ni 15 años de servicios, (ii) en la actualidad cuenta con 61 años de edad, (iii) de conformidad con los tiempos cotizados al ISS que arrojan un total de 372.86 semanas cotizadas durante el periodo comprendido entre el 30 de agosto de 1982 y el 1º de junio de 1993 como da cuenta copia de la historia laboral expedida por COLPENSIONES con actualización al 9 de agosto de 2021 (CARPETA 07 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Bajo este entendimiento y, ante la falta de densidad de semanas suficientes para acceder a una pensión por vejez, palmario resulta que la actora es beneficiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Ahora bien, teniendo en cuenta la liquidación realizada que se adjunta al presente asunto, se aprecia que la misma arroja un monto total de pago a razón de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$5.694.215; la cual se calculó a calenda 4 de diciembre de 2018, primera fecha en que la demandante elevó la solicitud del reconocimiento del derecho, en los siguientes términos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1982	124	1,140	99,700	87,456	\$ 7.470,00	\$ 653.297,00	\$ 2.700.294,00
1983	202	1,410	99,700	70,709	\$ 7.470,00	\$ 528.198,00	\$ 3.556.533,00
1986	146	2,380	99,700	41,891	\$ 17.790,00	\$ 745.237,00	\$ 3.626.820,00
1987	308	2,880	99,700	34,618	\$ 25.530,00	\$ 883.799,00	\$ 9.073.670,00
1988	366	3,580	99,700	27,849	\$ 29.001,31	\$ 807.662,00	\$ 9.853.476,00
1989	365	4,580	99,700	21,769	\$ 39.310,00	\$ 855.722,00	\$ 10.411.284,00
1990	365	5,780	99,700	17,249	\$ 93.667,15	\$ 1.615.677,00	\$ 19.657.404,00
1991	334	7,650	99,700	13,033	\$ 103.913,55	\$ 1.354.272,00	\$ 15.077.562,00
1992	274	9,700	99,700	10,278	\$ 79.290,00	\$ 814.970,00	\$ 7.443.393,00
1993	126	12,140	99,700	8,213	\$ 234.720,00	\$ 1.927.643,00	\$ 8.096.101,00
Total días	2610	Total devengado actualizado a				2018	\$ 89.496.537,00
Semanas Cotizadas S.C.	372,86	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 240.029,03
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					6,362%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2018	\$ 5.694.215,00

En tal sentido, teniendo en cuenta que el valor anteriormente calculado resulta inferior al determinado en primer grado, habrá de modificarse este aspecto teniendo en cuenta el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPENSIONES, valor que por demás deberá indexarse al momento del correspondiente pago.

d. De la excepción de prescripción:

Frente a la excepción de prescripción planteada por COLPENSIONES, no tiene vocación de aceptación como quiera que la indemnización sustitutiva es un derecho adquirido que por demás lo contempla la Ley 100 de 1993, a su vez que los derechos de la seguridad social gozan del carácter de irrenunciables, sentencia SL 4141-2021, Radicación No. 83507 del 15 de septiembre de 2021, situaciones todas por las que la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

e. De la compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la demandante por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO y la indemnización sustitutiva de vejez aquí solicitada:

Para lo pertinente, es menester poner de presente que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:

*“Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, **cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.**” (Negrita fuera del texto)*

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, dispuso:

***“Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores.** Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado”.*

De la norma en cita se desprende que existe la posibilidad de que los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, pueden realizar los aportes a pensión en uno de los dos regímenes contemplados en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, en la sentencia con Radicación No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, traída a colación en la sentencia SL451-2013, Radicación No. 41001 del 17 de julio de 2013, nuestro máximo órgano de cierre expuso que no existen razones jurídicamente válidas para colegir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente resulte incompatible con la pensión de vejez que pueda obtenerse del ISS hoy COLPENSIONES, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. En aquella oportunidad y, luego de citar el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la alta Corporación precisó:

“(…) precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

“Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, [...]”.

Línea jurisprudencial que se ha venido manteniendo en el tiempo a través de distintas decisiones, tales como la SL1968-2022, Radicación No. 88439 del 30 de marzo de 2022, SL2383-2022, Radicación No. 79768 del 12 de julio de 2022, SL393-2023, Radicación No. 92116 del 28 de febrero de 2023, entre otras, puesto que en términos generales los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pueden de manera simultánea prestar servicios a instituciones privadas y, con ello financiar la pensión de vejez a cargo del ISS, siendo así clara la compatibilidad de esa pensión con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aquí perseguida dentro del sistema de seguridad social de que trata la Ley 100 de 1993 en la medida que las cotizaciones al ministerio fueron efectuadas por diferentes empleados del sector distrital y municipal, siendo así que su financiación provenga de diferente fuente.

Además, de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que los dineros con que el ISS, hoy COLPENSIONES, paga las prestaciones que concede, no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no ostentan su origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia consultada; circunstancia por la cual, la sentencia de primera habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto.

f. De la condena de costas procesales:

En el recurso de alzada COLPENSIONES refutó la imposición de condena en costas en primer grado por estimar que son elevados con relación al monto de la condena impuesta por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Asimismo, el artículo 366 regula la forma en practicarse, liquidarse y refutarse en caso de inconformidad, por lo que no es esta instancia la correspondiente para alegar el aspecto perseguido por COLPENSIONES, lo que conlleva a que su solicitud resulte improcedente para el análisis en esta oportunidad.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad en su integridad, como quiera que se condenó al pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES pagar a favor de la demandante señora NYDIA RIVAS ARENAS por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la suma de \$5.694.215 debidamente indexada al momento del



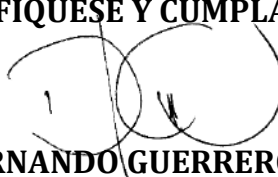
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

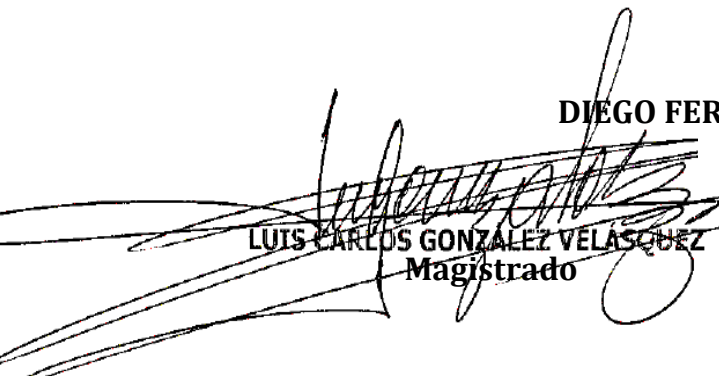
correspondiente pago, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 34 2021 00216 01
Demandante: SANDRA XIMENA CAMPAGNOLI MARTÍNEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.748.898 y T.P. 205.907 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA XIMENA CAMPAGNOLI MARTÍNEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que la pensión de vejez que le fue otorgada a través de la Resolución SUB 72696 del 23 de marzo de 2021, tuvo su causación a partir del 1º de octubre de 2020 en cuantía inicial de \$11.186.919.

Por consiguiente, se le condene a la encartada reconocer y pagar las mesadas ordinarias y adicionales causadas y no pagadas entre el 1º de octubre de 2020 y el 31 de marzo de 2021, junto con el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 11 julio de 1961, cumpliendo la edad mínima dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder a la pensión de vejez el mismo día y mes de la anualidad 2018.

Que se afilió al sistema general de pensiones el 3 de enero de 1983 a través del extinto ISS, efectuando cotizaciones por intermedio de distintos empleadores hasta el 30 de septiembre de 2020 para un total de 1942 semanas, así como que su empleador ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA realizó su último aporte para el mes de septiembre de 2020.

Seguidamente, refirió que adelantó proceso ordinario en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. mediante el cual solicitó la declaratoria de la nulidad de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, trámite que conoció el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá bajo la radicación 2017-00630, Despacho que en sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020 declaró la nulidad del traslado llevado a cabo el 1º de abril de 2000, de allí que se le hubiese ordenado a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros existentes en su cuenta

de ahorro individual y la consecuente reactivación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, decisión que fue confirmada por este Tribunal el 14 de noviembre de 2019.

Que con ocasión de lo anterior, PORVENIR S.A. dio cumplimiento a la sentencia, al igual que COLPENSIONES reactivó su afiliación, lo que conllevó a que el 11 de noviembre de 2020 se le solicitara a esta última el reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que se otorgó mediante la Resolución SUB 72696 del 23 de marzo de 2021 a partir del 1º de abril de 2021, en cuantía inicial de \$11.367.028.

Expuso que la liquidación se basó en un total de 1942 semanas cotizadas entre el 3 de enero de 1983 y el 30 de septiembre de 2020, además que se tuvo en cuenta un IBL de \$15.833.721, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 71.79%.

Por último, refirió que, encontrándose dentro del término legal, interpuso recurso de apelación en contra de la SUB 72696 del 23 de marzo de 2021 solicitando el reconocimiento y pago de la pensión a partir del 1º de octubre de 2020, día siguiente a su última cotización al sistema general de pensiones, pero COLPENSIONES confirmó mediante Resolución DPE 2722 del 22 de abril de 2022 confirmó la decisión primigenia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda arguyendo que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1º de abril de 2021, como quiera que el empleador ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA no reportó novedad de retiro en el sistema general de pensiones, de allí que la prestación fuese otorgada a corte de nómina de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de marzo de 2023 condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar a la aquí demandante señora SANDRA XIMENA CAMPAGNOLI MARTÍNEZ la suma de \$78.848.760 por concepto del retroactivo pensional de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas entre el 1º de octubre de 2020 y el 31 de marzo de 2021, absolviendo a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Igualmente, declaró no probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y no probadas los demás exceptivos propuestos por COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que no fue objeto de discusión el estatus de pensionada de la demandante, como quiera que obra en el expediente el correspondiente acto administrativo de reconocimiento pensional como lo es la Resolución SUB 72696 del 23 de marzo de 2021, por medio de la cual se reconoció la prestación de vejez a partir del 1º de abril de 2021 en cuantía inicial de \$11.367.028.

Que en tratándose de la fecha de causación del derecho pensional reconocida a la actora, expuso que conforme dan cuenta las Resoluciones expedida por COLPENSIONES, la misma reconoció la pensión por vejez a la actora a partir

del 1º de abril de 2021 basándose en el argumento que la última cotización efectuada lo fue en el ciclo de septiembre de 2020 con el empleador ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA JU, empleador con el cual no se había reportado la novedad de retiro, de allí que la prestación debía ser reconocida a corte de nómina.

Expuso que teniendo en cuenta lo consagrado por el Legislador, más exactamente lo establecido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, el mismo reza que la prestación será reconocida reunidos los requisitos mínimos establecidos, siendo necesaria su desafiliación al régimen, así como que para su liquidación se tendría en cuenta hasta la última semana cotizada.

Que no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado de que no debe proceder implícitamente el retiro del sistema, sino que pueden existir contornos que evidencien la falta de intención de voluntad del afiliado de seguir efectuando cotizaciones al sistema con el cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder a la prestación; circunstancia por la cual, en el asunto de marras goza de prosperidad el retroactivo perseguido, toda vez que de la prueba documental acreditada al proceso y de la cual se basó COLPENSIONES para emitir los actos administrativos, la última cotización correspondió al 30 de septiembre de 2020, de lo que se puede colegir que la pasiva debió reconocer la prestación a partir del 1º de octubre de 2020, pues a dicha data ya contaba con la densidad de semanas para ser merecedora del derecho, sin que fuese menester seguir cotizando.

Por ello, dispuso imponer condena a razón de retroactivo por las mesadas causadas entre el 1º de octubre de 2020 y el 31 de marzo de 2021 en cuantía inicial de \$11.186.919 para la anualidad 2020 y \$11.367.028 para el año 2021, valor total que asciende a la suma de \$78.848.760.

En lo que concierne a los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adujo que conforme lo ha señalado el órgano de cierre, los

mismos pueden reclamarse en la mora de los riesgos invalidez, vejez y muerte, pero no frente a la reliquidación ni retroactivo pensional, aspecto por el que dispuso la absolución a la encartada sobre este aspecto.

En últimas, indicó no gozar de prosperidad ningún medio exceptivo formulado por COLPENSIONES, inclusive el de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Indicó en su alzada encontrar inconformidad en cuanto a la absolución de los intereses moratorios, por cuanto está demostrado que desde el 11 de noviembre de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, y si bien es cierto emitió un acto administrativo a través del cual reconoció la pensión, desconoció cancelar las mesadas pensionales causadas entre octubre de 2020 y marzo de 2021, situación por la que incurrió en mora de la cancelación de las mesadas pensionales que conllevan a la imposición de los intereses moratorios deprecados, máxime si se tiene en cuenta que son resarcitorios y no sancionatorios como así lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

COLPENSIONES por su parte argumentó en su alzada que a través de la Resolución SUB 72696 del 23 de marzo de 2021 se reconoció la pensión de vejez a favor de la demandante en cuantía de \$11.367.028 a partir del 1º de abril de 2021, teniendo en cuenta 1941 semanas cotizadas con un IBC de \$15.833.721, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 71.79% en los términos de la Ley 797 de 2003.

Que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, para acceder a la pensión de vejez es necesaria la desafiliación al sistema, aspecto que no llevó a cabo la actora.

Por último, arguyó que debe prosperar la absolución de costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud de los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de COLPENSIONES, la Sala deberá auscultar en primer lugar si es procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional perseguido por la demandante.

De prosperar lo anterior, se determinará si la cancelación de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 gozan de prosperidad o no.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 72696 del 23 de marzo de 2021 reconoció a la demandante pensión de vejez en los términos regulados en la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$11.367.028 a partir del 1º de abril de 2021, teniendo en cuenta 1942 semanas cotizadas, con un IBC de \$15.833.721, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 71.79% en los términos de la Ley 797 de 2003 (Fls. 29 a 36 – PDF 02 DEMANDA ANEXOS).

Tampoco el hecho que a través de la Resolución DPE 2722 del 22 de abril de 2022 y, con ocasión de un recurso de reposición interpuesto por la

demandante frente a la Resolución SUB 72696 del 23 de marzo de 2021 donde solicitó el retroactivo pensional a partir del 1º de octubre de 2020, la encartada negó dicha solicitud con el argumento de que no se había acreditado fecha de retiro con el último empleador ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA JU, de allí que la prestación hubiese sido reconocida a corte de nómina, esto es, a partir del 1º de abril de 2021 (Fls. 47 a 54 – PDF 02 DEMANDA ANEXOS).

Así las cosas, palmario resulta que la demandante al tenor de los requisitos dispuestos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, acreditó los 57 años de edad el 11 de julio de 2018, pues como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, nació el 11 de julio de 1961, así como que según se desprende de la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 12 de marzo de 2021, la actora cotizó 1945.14 semanas en toda su vida laboral, siendo su última cotización al sistema general de pensiones en el mes de septiembre de 2020 en su calidad de dependiente de la empleadora ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA JU (Fls. 12 y 13 a 25 – PDF 02 DEMANDA ANEXOS).

En tal sentido, en lo que respecta a la fecha de disfrute, si bien la demandante no reporta novedad de retiro con su último empleador que se itera lo es la ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA, existiría una contravención a las prerrogativas dispuestas en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 que dispone *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”*.

No obstante, como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019, ante la voluntad de la demandante de no continuar cotizando al sistema puede deducirse que se satisfizo con el requisito de que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

para la adquisición de la prestación, pues esa situación puede entenderse como un retiro tácito, así lo puntualizó el órgano de cierre:

“Ante ese panorama, la Corte reitera que el cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento pensional, no supone una desafiliación automática del sistema. Ello es así porque, como se vio, el retiro efectivo del sistema es una condición necesaria para el disfrute de la pensión, formalidad que no puede deducirse de la simple cesación en el pago de los aportes, más aún si, al margen de que un trabajador consolide el derecho a la pensión de vejez en determinado momento, mantiene la posibilidad de seguir afiliado y continuar cotizando, evento en el cual esos aportes adicionales tendrán como propósito incrementar el monto pensional cuya cuantía quedaba determinada en el momento de dicha causación (CSJ SL 15091-2015).

Ya esta corporación tiene precisado que, en principio, la falta de cotización no supone necesaria e imperiosamente la desafiliación del sistema, para lo cual resulta pertinente rememorar lo expuesto en la sentencia CSJ SL 5515-2016, en cuanto al reiterar lo precisado en la sentencia CSJ SL 6035-2015, dijo lo siguiente:

[...] no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.

Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.

Así se desprende de lo que explicó la Corte en la sentencia de 9 de septiembre de 2009, radicación 35211, en la que dijo:

Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho.

La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél. De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran veneno todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores. Nadie puede predicar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.

La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.

Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.

A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión: la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente.

Así surge de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, que al regular la permanencia de la afiliación, dispone: “La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta Sala ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

Igual sucede cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605, CSJ SL4611-2015 y, recientemente, en la CSJ SL5603-2016).”

Bajo esta égida, palmaria resultaba la intención de la actora de no seguir cotizando al sistema en tanto, es evidente que para la última cotización

realizada, es decir, el mes de septiembre de 2020, ya contaba con un número de semanas superior al requerido en el precepto normativo para acceder a la pensión, pues había cotizado más de 1900 semanas, de allí que al tenor de los planteamiento jurisprudenciales ya transcritos y como lo estimó la *a-quo*, el derecho pensional debió ser reconocido a partir del 1º de octubre de 2020, data siguiente a su última cotización, tópico que conlleva a su vez a que sea confirmado este puntualísimo aspecto en el sentido de condenar a COLPENSIONES a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2020 y el 31 de marzo de 2021 a razón de 13 mesadas pensionales al año.

Ahora bien, en lo que concierne al monto del retroactivo pensional, efectuadas las operaciones correspondientes, arrojó por el interregno referido el mismo valor estimado por la operadora de instancia, el cual ascendió a la suma de \$78.848.760, como se aprecia a continuación:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/10/20	31/12/20	3,80%	\$ 11.186.919,00	4,00	\$ 44.747.676,0
01/01/21	31/03/21	1,61%	\$ 11.367.028,00	3,00	\$ 34.101.084,0
Total retroactivo				\$ 78.848.760,00	

Bajo este entendimiento, la decisión de primer grado se adicionará, puntualizando que el valor deberá pagarse debidamente indexado, así como que se le autorizará a la encartada a efectuar los correspondientes descuentos en salud.

d. Del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

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

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020).”

Por tal razón, a juicio de la Sala no goza de condena el pago de los intereses moratorios deprecados, como quiera que la negativa de COLPENSIONES para el pago del retroactivo pensional no obedeció a situaciones caprichosas; por el contrario, su argumento se encontró plenamente justificado según los preceptos normativos como lo fue el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, tan es así que esta Sala dispuso la accesibilidad al pago en este juicio de la pretensión principal (el retroactivo pensional), con ocasión de postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia ante la intención de desafiliación o retiro tácito, por lo que se confirmará la absolución dispuesta por la *a-quo*.

e. De la excepción de prescripción:

Como lo determinó la *a-quo*, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el fenómeno prescriptivo.

Lo anterior, como quiera que en tratándose puntualmente del retroactivo pensional, luego de que COLPENSIONES expidiera la Resolución SUB 72696 del 23 de marzo de 2021 donde reconoció el derecho pensional a partir del 1º de abril de esa misma anualidad y, luego de ser notificada la misma, la actora elevó el 26 de marzo de 2021 recurso de apelación y a su vez reclamación administrativa en búsqueda del pago del retroactivo pensional, lo que condujo a que COLPENSIONES emitiera la Resolución DPE 2722 del 22 de abril de 2022 donde negó dicho retroactivo, presentándose la demanda el 10 de mayo de 2021 como da cuenta el acta individual de reparto (Fls. 37 a 54 – PDF 02 DEMANDA ANEXOS y PDF 01 SECUENCIA).

Con posterioridad, más exactamente el 8 de noviembre de 2021, es decir, dentro del año siguiente a la presentación de la demanda y sin que se le hubiese notificado la misma, COLPENSIONES allegó contestación de demanda que conllevó a que el Juzgado en proveído calendado el 20 de octubre de 2022 le tuviese por contestada la misma (Fl. 1 – PDF 04 CONTESTACIÓN COLPENSIONES y PDF 08 – AUTO FIJA FECHA); aspectos todos por lo que no operó el fenómeno prescriptivo sobre ninguna mesada pensional objeto de reproche.

f. De la condena de costas procesales:

En el recurso de alzada COLPENSIONES refutó la imposición de condena en costas en primer grado. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo

365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena al pago del retroactivo pensional, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, tópico por el que se confirmará este aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

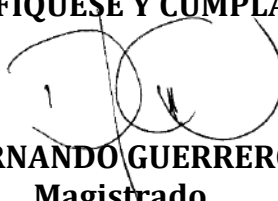
PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES para que el retroactivo pensional reconocido sea cancelado de manera indexada al momento del pago correspondiente, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para AUTORIZAR a COLPENSIONES que del retroactivo pensional reconocido se efectúen los correspondientes descuentos en salud.

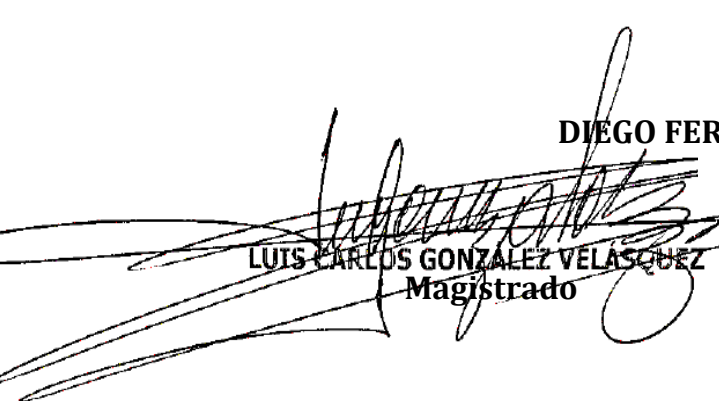
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 35 2021 00573 01
Demandante: EDIT PÁEZ CADENA
Demandado: LP INGENIERÍA Y GESTIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora EDIT PÁEZ CADENA promovió demanda ordinaria laboral en contra de LP IBNGENIERÍA Y GESTIÓN S.A., a fin de declararse que con la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 4 de abril de 2016 y el 28 de febrero de 2021, siendo su última asignación salarial mensual en la suma de \$1.019.000, así como que el finiquito laboral sucedió con ocasión a un despido indirecto.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., indexación, costas procesales,



pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos a los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en juicio y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que inició sus labores al servicio de la encartada el 4 de abril de 2016, siendo su último salario mensual la suma de \$1.019.000.

Que durante la vigencia del contrato de trabajo se evidenciaron continuos y reiterativos incumplimientos por parte de la empleadora en cuanto al pago de salarios y prestaciones sociales, lo que conllevó a que ocurriera el finiquito laboral el 28 de febrero de 2021 como consecuencia de la renuncia motivada que elevara a la encartada el 18 de febrero de la misma anualidad, la cual fue aceptada en esta última calenda.

Seguidamente, mencionó que la liquidación final de acreencias laborales le fue cancelada el 26 de julio de 2021, así como que al momento de la finalización del contrato de trabajo se le adeudaban salarios de los meses de enero y febrero de la anualidad 2021.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda aceptando los extremos de la relación laboral y el salario; sin embargo, arguyó que la demandante tenía pleno conocimiento de la situación crítica que se estaba atravesando para ese entonces, ello como consecuencia de la declaración de emergencia sanitaria por la pandemia mundial producto de la COVID19, así como que desde el día 18 de diciembre de 2020, todos los pagos correspondientes a obligaciones



laborales fueron asumidos por la señora MARÍA TERESA MAZABEL DE LAVERDE, quien es socia.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, condenó a la demandada pagar a favor de la demandante la suma de \$3.668.400 debidamente indexada, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, \$4.925.166.67 a razón de indemnización por falta de salarios y prestaciones sociales y costas procesales en la suma de \$300.000.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia en primer lugar que en el plenario quedó demostrada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 4 de abril de 2016 y el 28 de febrero de 2021 con una asignación salarial mensual de \$1.019.000 mensuales.

Seguidamente, expuso la *a-quo* que en lo que respecta al pago de la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T. alegada por la demandante – *despido indirecto* –, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, tiene la carga de demostrar además de la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro, los hechos en los cuales edificó su decisión.



Recalcó entonces que la motivación de la renuncia de la demandante correspondió a los reiterados incumplimientos de la pasiva en el pago de salarios y prestaciones sociales, documento que le fue remitido a la empleadora el día 18 de febrero de 2021, además que a la fecha en que la actora informó su deseo de desistir, la demandada aún le adeudaba el pago de salarios del mes de enero de 2021, primas, cesantías e intereses a las cesantías, renuncia que fue aceptada por la pasiva sin realizarse observación alguna respecto de lo manifestado por su trabajadora.

Seguidamente, coligió que del caudal probatorio se acredita que las cesantías de la anualidad 2019 le fueron canceladas a la demandante de manera tardía como quiera que debieron consignarse a más tardar el 14 de febrero de 2020, calenda para la cual no había iniciado la emergencia sanitaria, pero a pesar de ello, se cancelaron el 15 de febrero de 2021, tiempo de mora considerable en su pago, sumado al hecho que las cesantías del año 2020 se cancelaron hasta el 26 de julio de 2021, constituyéndose así en una mora injustificada en la medida en que el incumplimiento se produjo de manera sistemática por la empleadora.

Que en igual sentido, en cuanto al pago de los salarios de los periodos de noviembre y diciembre de 2020 y enero y febrero de 2021, de dichos rubros también se aprecia una cancelación tardía; circunstancia por la cual, concluyó que la demandante cumplió con la carga procesal de probar los motivos invocados en su carta de renuncia de algunos emolumentos laborales dejados de cancelar dentro de las oportunidades correspondientes y, que si bien la demandada justifica un déficit económico a razón de la pandemia de COVID 19 y la muerte de uno de sus socios, tal aspecto no puede ser justificable pues quedó acreditado que antes de la pandemia ya venía existiendo una conducta morosa en la cancelación de las acreencias, especialmente las cesantías, máxime si no yace prueba acerca de la situación crítica de la empresa como tampoco haberse acogido a un proceso de reorganización.



Por tal razón, dispuso el pago de la condena respecto de la indemnización por despido sin justa causa en los términos de que tarta el artículo 64 del C.S.T. en la suma de \$3.668.400.

Frente a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., mencionó que la misma debe analizarse al tenor de la buena o mala fe del empleador según los postulados jurisprudenciales del órgano de cierre, puesto que no opera de manera automática. En tal sentido, consideró su procedencia por cuanto la demandada canceló a la actora sus acreencias laborales hasta el 26 de julio de 2021, por lo que, al no demostrarse una causal justificada ante la tardanza en el pago, de allí que dispusiera un pago de \$4.925.166,67.

Decidió también que la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa debía cancelarse de manera indexada como consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que, para la condena de la indemnización moratoria se tengan en cuenta las cesantías retrasadas durante un año, por lo que solicita sea revisada por el Colegiado.

De otra parte, la parte demandada arguyó que teniendo en cuenta la carga probatoria, el vínculo laboral con la demandante lo fue por el periodo comprendido entre el 4 de abril de 2016 y el 28 de febrero 2021, de allí que la *a-quo* solo advirtiera el incumplimiento de pago de los últimos meses de dicho contrato, sin tenerse en cuenta que desde el inicio de la relación se canceló lo correspondiente, más aún si dentro del plenario yace plena prueba sobre el pago tardío a la demandante, y que el socio mayoritaria falleció inclusive

tiempo antes de la iniciación de la pandemia, lo que da cuenta la crisis financiera que atravesaba.

Que debe tenerse en cuenta la pandemia COVID 19, que sopesa más aún la buena fe ante la falta del pago oportuno.

Expuso que la carta de despido fue voluntaria y con ocasión de un percance de salud, adicional al hecho que no transcurrió mucho tiempo entre la finalización del vínculo y la fecha de pago de los derechos laborales adeudados, situaciones todas por las que se deberá revocar la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala deberá auscultar si dentro del presente asunto gozan de prosperidad las condenas impuestas por la operadora de instancia a razón por las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T.

c. Del contrato de trabajo:

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre la demandante señora EDIT PÁEZ CADENA y la demandada LP INGENIERÍA Y GESTIÓN S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 4 de abril de 2016 y el 28 de febrero de 2021, devengando la actora como última asignación salarial mensual la suma de \$1.019.000.

d. De la sanción por despido sin justa causa – despido indirecto:

En lo que concierne a la figura del despido indirecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

“Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

“El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron

lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

“Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)”.

La anterior postura ha sido mantenida por el órgano de cierre, como se aprecia de las decisiones SL2022-2023, Radicación No. 93471 del 16 de agosto de 2023, SL1762-2023, Radicación No. 93450 del 19 de julio de 2023, SL741-2023, Radicación No. 91202 del 21 de marzo de 2023, entre otras.

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que la extinción del vínculo fue con ocasión a faltas imputables al empleador y previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del C.S.T.

Bajo esta égida, pertinente resulta traer a colación la carta de finalización del contrato de trabajo presentada por la actora a la demandada el 18 de febrero de 2021, la cual por demás fue aceptada por la pasiva vía correo electrónico en la misma data (Fls. 1 a 2 – PDF 03 ANEXOS, fl. 30 – PDF 10 y fl. 13 – PDF 12 CONTESTACIÓN DEMANDA), donde se indicó:

“Con la presente me permito presentar renuncia al cargo que hasta ahora he venido desempeñando, dicha situación se basa en no solo la situación crítica de la empresa que a la fecha no nos ha podido pagar nuestros salarios, primas, cesantías e intereses de cesantías, sino también a mi estado de salud, de todas maneras, agradezco estos años de aprendizaje,

de las experiencias que pude adquirir, del enriquecimiento personal y laboral.

“Así las cosas, entrego el cargo el día 28 de febrero de 2021, sin embargo, si llegan a requerir de mis servicios estaré muy atenta para colaborarles en la medida de mis capacidades”.

La Sala también pone de presente la Sala que el medio defensivo de la demandada se circunscribe al hecho de la existencia de una crisis económica como consecuencia de la pandemia COVID 19 y el deceso de uno de los socios.

Ahora bien, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio del Representante Legal de la demandada señor DONALD ORLANDO URREGO HERRERA, quien manifestó que es contador público, al igual que expuso que a la fecha en que rindió declaración llevaba laborando al servicio de la demandada aproximadamente dos años y medio.

Que tiene conocimiento que la demandante ingresó a laborar al servicio de la demandada en el año 2016, teniendo dos periodos de ingreso y de retiro, así como que el cargo de la actora era el de Auxiliar de Oficina y sus funciones consistieron en el apoyo administrativo y gerencial de la empresa.

Que para la época en que se produjo el aislamiento preventivo con ocasión de la COVID19 no existió suspensión de las labores de la demandante, de hecho, en todo momento se le asignaron tareas administrativas, cancelándosele su salario sin inconveniente alguno, pese a los tropiezos financieros que se presentaron teniendo en cuenta que el objeto social de la empresa es la construcción de vivienda de interés social, actividad comercial que fue la más afectada.

Desconoce si para la época de aislamiento la demandante tuvo que laborar en forma presencial, pero puso de presente que cuando él ingresó a la empresa

que lo fue en el mes de diciembre de 2020, tuvo conocimiento que la actora poco o nada asistió a la oficina por cuanto su trabajo era remoto, y si tuvo que asistir fue cuando la pandemia ya se había levantado.

Bajo este escenario y, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la demanda, en concordancia con lo comunicado en la carta de renuncia que presentara la demandante a su empleadora, la Sala puede colegir que esta indemnización gravita en torno a la falta de cancelación de salarios, primas, cesantías e intereses a las cesantías.

Pues bien, confrontado el caudal probatorio de carácter documental y teniendo en cuenta que el contrato de trabajo finalizó el 28 de febrero de 2021, se aprecia en primer lugar que existió una consignación tardía de cesantías de la anualidad 2019 por parte de la encartada a favor de la demandante ante el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ya que las mismas fueron giradas de manera tardía, más exactamente el 15 de febrero de 2021 cuando su cancelación legal dio ser a más tardar el 14 de febrero de 2020 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, retardo que no tiene soporte en tratándose de la pandemia COVID19 como quiera lo que debió pagarse a razón de ese rubro fue con anterioridad a dicha emergencia (Fl. 36 – PDF 12 CONTESTACIÓN DEMANDA).

De otra parte, según se advierte del reporte de movimiento de pagos allegado por la misma empleadora (Fls. 14 a 17 – PDF 16 ALLEGA DOCUMENTOS), la nómina del mes de noviembre de 2020 se pagó el 24 de diciembre de 2020, la nómina de diciembre de 2020 se canceló el 25 de enero de 2021 y la nómina de enero de 2021 se sufragó el 25 de febrero de 2021, sumado al hecho que como da cuenta la liquidación final de acreencias laborales, la prima de servicios del año 2020 tan solo vino a ser cancelada el 26 de julio de 2021 (Fls. 14 a 17 – PDF 16 ALLEGA DOCUMENTOS y fl. 3 – PDF 03 ANEXOS).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala puede colegir que teniendo en cuenta los argumentos de la demandante para poner fin al contrato de trabajo con ocasión del incumplimiento de pagos salariales y prestaciones sociales en tiempo, se encuentra debidamente demostrada la situación tardía que por demás fue puesta de presente por el mismo representante legal de la encartada en el interrogatorio de parte rendido.

Tal tópico conduce a su vez que, como lo concluyó la *a-quo*, al tenor de los preceptos jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se configuraran los requisitos necesarios para la imposición de esta indemnización, pues evidente resulta el incumplimiento sistemático para el pago de los derechos labores, talente que a su vez se ajusta a la conducta justa de finalizar el vínculo contractual por parte del trabajador de que tarta el numeral 6º, literal b) del artículo 62 del C.S.T. que establece: *“El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales”*, aspecto que se acompasa con lo dispuesto en el numeral 8º del mismo literal del mentado articulado que define: *“Cualquier violación grave de las obligaciones que incumben al patrono, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*.

Ello por cuanto, el numeral 4º del artículo 57 del C.S.T. que regula las obligaciones especiales del empleador, determina: *“Pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos”*.

Ante las razones hasta aquí expuestas se confirmará la condena sobre esta indemnización, puntualizando que, al no haber refutado el valor a pagar determinado en primera instancia, este punto se mantendrá incólume.

e. De la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.:

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Al respecto, según lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Así las cosas, se itera que la defensa de la demandada tanto en la contestación de la demanda como en el recurso de alzada versó al hecho de la existencia de una crisis financiera como consecuencia de una muerte de sus socios y la pandemia sucedida con ocasión de la COVID19.

En primera medida, como lo asentó la falladora de instancia, palmario resulta que el alegarse un déficit financiero por parte del empleador no constituye un actuar de una buena fe patronal. Para lo pertinente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3159-2019, Radicación No. 62666 del 6 de agosto de 2019, sostuvo:

“En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando el artículo 28 del CST impone que «[...] el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas», de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como por demás, ya se ha dicho por esta corte en la sentencia CSJ SL912-2013.”

De otro lado, en virtud de la pandemia COVID19, tampoco yace prueba que acredite que la empresa llevó a cabo gestiones tendientes a someterse a procesos legales ante la crisis económica alegada, tales como uno de reorganización, de allí que se pueda colegir que no existe plena prueba que conlleve a absolver sobre esta indemnización, por lo que habrá de confirmarse lo decidido en primera instancia, más aún cuando el monto dinerario allí establecido para pago no se refutó.

Por último, es menester precisar que teniendo en cuenta los argumentos del recurso de alzada de la demandante, donde indicó encontrar inconformidad sobre la condena de la indemnización moratoria ante unas cesantías, su argumento no es claro para este Colegiado, máxime cuando lo adeudado a razón de las cesantías fue óbice para imputar pago por esta indemnización, sin que además se haya deprecado la sanción por no consignación regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; circunstancia por la cual, no se adentrará a algún análisis en este punto.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

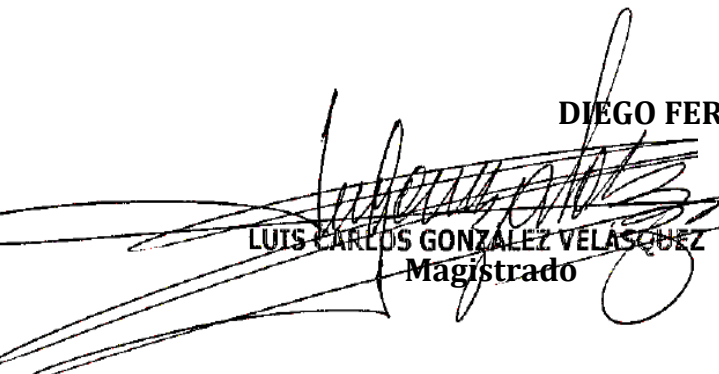
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

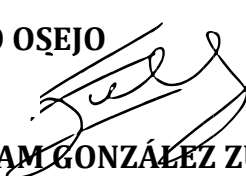
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 35 2023 00040 01
Demandante: JORGE ENRIQUE SALAZAR FONTALVO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA, identificado con cédula de ciudadanía 1.004.155.816 y T.P. 406.112 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ENRIQUE SALAZAR FONTALVO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la

ineficacia de la afiliación efectuada con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida PORVENIR S.A. en el mes de diciembre de 1999, al existir engaño y asalto en su buena fe, además de carecer de información completa y veraz por parte del fondo privado.

En forma subsidiaria, se declare la nulidad de la afiliación.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. trasladar todos sus aportes en pensiones como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado con destino a COLPENSIONES.

Asimismo, se condene a COLPENSIONES aceptar el traslado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y validar los aportes a pensión trasladados, junto con la demás información allegada por la AFP PORVENIR S.A., el pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 9 de septiembre de 1955, iniciando sus aportes en pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, donde efectuó cotizaciones por el periodo comprendido entre el mes de agosto de 1972 y el mes de enero de 2000.

Que su permanencia en el régimen público se vio interrumpida cuando en el año 2000, un promotor de la AFP PORVENIR S.A. sin pericia en la materia, con argumentos falsos y generalizados y sin una asesoría personalizada, lo persuadió a que realizara el cambio de régimen, diciéndole que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podía pensionarse a la edad que quisiera, sin que se le hubiese informado sobre las consecuencias que traería dicha traslado, simplemente con el temor que el régimen público se acabaría y su pensión se perdería, siendo inducido así al error.

Expuso que no le fue suministrada una información veraz ni oportuna para realizar de manera consiente e ilustrada su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que tampoco se le efectuara algún tipo de asesoría sobre el impacto y alcance que tendría ese cambio de régimen o su permanencia en el mismo, entre otros aspectos más de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que el demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, luego de haber recibido una asesoría de manera verbal, oportunidad en la que se le suministró información clara, veraz y oportuna con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión lo más informada posible.

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

COLPENSIONES por su parte arguyó que en tratándose de la ineficacia perseguida por el demandante, no yace prueba dentro del expediente de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información al momento del traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo, sin que tampoco se advierta nota de protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del actor.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación del 12 de diciembre de 1999, efectiva desde el 01 de febrero de 2000, por JORGE ENRIQUE SALAZAR FONTALVO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los aportes efectuados por JORGE ENRIQUE SALAZAR FONTALVO, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A con motivo de la afiliación de JORGE ENRIQUE SALAZAR FONTALVO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos, gastos de administración, seguros y demás emolumentos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* afirmó que, por vía de interpretación dogmática positiva, no existía norma que apoyara los pedimentos de la demandante, por ello, era necesario la aplicación de la doctrina probable de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotando que, en el presente asunto, es posible aplicar el precedente jurisprudencia vertical.

Así las cosas, sostuvo que la Alta Corporación ha sentado una línea referente al traslado de régimen efectuado por el trabajador, de la cual se ha declarado la inversión de la carga probatoria a cargo de la AFP cuando el trabajador

afirma no haber recibido información referente a las implicaciones del cambio de régimen, sosteniendo que la leyenda impresa en los formulario de afiliación solo acredita no haber existido vicio en el consentimiento al momento de la suscripción, mas no que se haya suscrito bajo un consentimiento informado.

Siendo obligación de la AFP, brindar información veraz y suficiente sobre las consecuencias del traslado de régimen, circunstancia que no fue acreditada en el presente caso.

En consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a PORVENIR S.A., teniendo esta, el deber de retornar todos los aportes, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, resultando procedente también, la devolución de los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, aclarando que una vez se realice el traslado de todos los saldos adeudados a COLPENSIONES.

Adujo no ser procedente la devolución de los aportes de manera indexada, como quiera que dicha situación no fue solicitada en el petitum, lo que conllevó a su vez a que no quedara dentro de la fijación del litigio, sin que se hiciera pronunciamiento al respecto.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que no se da aplicación a lo estatuido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida que, de prosperar la ineficacia del traslado, contribuiría con la descapitalización del sistema pensional, al permitir que personas que no han contribuido con el fondo pensional se subsidien de contingencias derivadas del mismo.

Asimismo, solicita se autorice que por las vías judiciales pertinentes se cancele el valor de los perjuicios que se causen para asumir la obligación pensional del demandante, así como que le restrinja a PORVENIR S.A. efectuar descuentos a razón de seguros previsionales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que se contribuiría con la descapitalización del sistema, así como que se le absuelva por costas procesales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante ante la AFP PORVENIR S.A.17 de diciembre de 1999 (Fl. 47 – PDF 01 ESCRITO DEMANDA y fl. 31 – PDF 08 CONTESTACIÓN PORVENIR), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el aquí demandante señor JORGE ENRIQUE SALAZAR FONTALVO en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

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

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, de allí que en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPESNIONES, contrario a lo decidido por la operadora de instancia, los mismos deben prosperar, lo que conlleva a su vez a que la decisión de primer grado deba adicionarse.

Igualmente, en lo que atañe a un pago de perjuicios alegado por COLPENSIONES en el recurso de alzada, considera la Sala no gozar de prosperidad en tanto, a razón de la remisión de todas las contingencias ya descritas por parte de PORVENIR S.A. al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se satisface cualquier desequilibrio económico o desfinanciamiento.

Por último, en el recurso de alzada COLPENSIONES refutó la imposición de condena en costas en primer grado. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condenas a ciertas órdenes a razón de la declaratoria de ineficacia, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

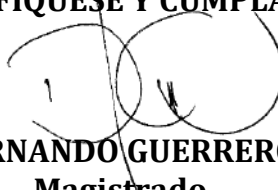
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas al momento de pago, al igual de los gastos de administración, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

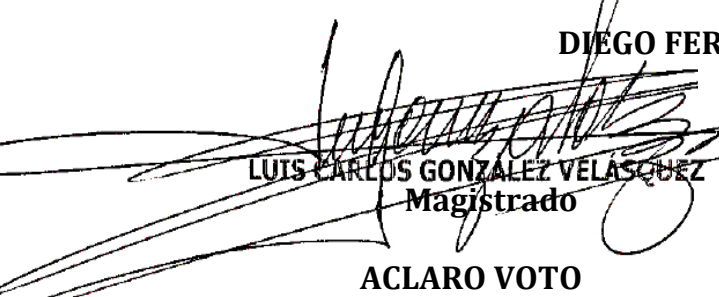
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

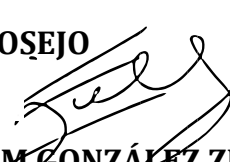
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 35 2023 00040 01 DE JORGE ENRIQUE SALAZAR FONTALVO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 37 2021 00371 01
Demandante: SMITH CACERES GALVIS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y
 COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2023 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SMITH CACERES GALVIS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por falta al deber de información, en consecuencia, se declaren ineficaces los subsiguientes traslados horizontales que llevó a cabo, y se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido

afiliada en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en su cuenta individual de ahorro, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración, además se ordene a COLPENSIONES que reactive su afiliación en el régimen que administra, reciba los anteriores rubros, y actualice y corrija su historia laboral. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones sostuvo que, nació el 31 de marzo de 1965 y que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1994 efectuando cotizaciones a través de diferentes empresas, trasladándose posteriormente del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., vinculación que se hizo efectiva el 1º junio de 1994.

Agregó que dicho traslado de régimen se realizó sin que se le suministrara información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado, ya que el asesor del fondo no le explicó la naturaleza del R.A.I.S., sus características, diferencias con el R.P.M.P.D., tampoco le indicó las ventajas y desventajas de ambos, y las condiciones para acceder a la pensión de vejez en los dos regímenes, situación que no se prueba con el formulario de afiliación.

De otro lado, adujo que posteriormente se trasladó el 1º de marzo de 2020 a SKANDIA S.A., y el 28 de mayo de 2015 a COLFONDOS S.A., persistiendo la falta de información anteriormente referida, sin que tampoco se le indicara nada sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media antes de estar a diez años de la edad de pensión, asimismo, aclaró que se encuentra vinculada en la actualidad al último de los citados fondos. (f. 3 a 19 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su la demanda, arguyendo que en el formulario de afiliación suscrito por la actora se vertió toda la información que para la época del traslado se requería de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además, se presume la buena fe de los intervinientes en una relación contractual a la luz de lo dispuesto en el artículo 1603 de la codificación civil.

Formuló los medios exceptivos de mérito lo que denominó como aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (folios 4 a 25 archivos 06).

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones que se elevaron en su contra y dijo no ponerse ni allanarse a las demás. Al respecto, indicó que el 2 de febrero de 2000 la demandante suscribió formulario de vinculación en pensiones obligatorias a ese fondo como traslado de PORVENIR S.A., afiliación que se hizo efectiva el 1º de abril de 2000 y estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2005, selección de régimen pensional que se llevó a cabo de forma libre y voluntaria, aceptando todas y cada una de las condiciones propias del mismo conforme lo normado en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios.

Como excepciones propuso las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (f. 3 a 19 archivo 07)

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor. Sobre el asunto señaló que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación lo hizo de forma libre, voluntaria e informada como se evidencia del formulario de vinculación y su permanencia por más de veintisiete años en ese régimen, además expuso que la gestora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado descrita en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (folios 2 a 28 archivo 08).

Por su parte, COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda arguyendo que brindo a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, le indicó las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el régimen de ahorro individual. A su vez, sostuvo que no se dan los presupuestos establecidos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 para declarar la ineficacia del traslado, ya que no se aportan elementos de prueba que conlleven a esa decisión y ratificó su voluntad de permanencia en el mismo.

Como excepciones de mérito propuso las inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (f. 3 a 16 archivo 09)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de agosto de 2023, resolvió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora SMITH CACERES GALVIS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR que tuvo como fecha de suscripción el 01 de junio de 1994. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos de vinculación que tuvo con la entidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a transferir con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración, en los periodos de vinculación con la entidad por parte de la demandante, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de un SMMMLV a cargo de cada una de ellas. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de primer grado indicó que de acuerdo con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, existen parámetros para resolver el caso en concreto, siendo el primero de ellos, el atinente al cumplimiento del deber de información desde su primera etapa de nacimiento, el segundo alude a que el formulario de afiliación no demuestra el cumplimiento del deber de información, por lo que se debe acreditar a la luz de otros medios probatorios, el tercero refiere a que está en cabeza de los fondos de pensiones tal deber, pues desde el nacimiento de la Ley 100 de 1993 existe, y el cuarto parámetro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

alude a que los anteriores se aplican sin restricción alguna, es decir, sin que se deba tener en cuenta que sean beneficiarios del régimen de transición o hayan cumplidos los requisitos para acceder al derecho pensional.

De esa forma, señaló que al verificar el plenario se evidenció que la actora estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del I.S.S., y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de junio de 1994, a través de PORVENIR S.A. Añadió que del formulario de afiliación del traslado, si bien se puede extraer que se dio de manera voluntaria, no se puede entender que fue debidamente informada para tomar tal decisión, lo que tampoco se extrae de la declaración vertida por la promotora, omisión que no se subsana con la suscripción de los formularios de afiliación a SKANDIA y COLFONDOS.

En ese orden de ideas, al no encontrar probado el deber de información, declaró la ineficacia del traslado que realizó la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, y ordenaría a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta individual de la demandante, junto con los bonos, rendimientos, gastos de administración y comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Señaló que no procedía la indexación de tales emolumentos, en tanto, los rendimientos financieros compensan la depreciación de tales emolumentos y se ajusta a principio de la sostenibilidad financiera, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a los fondos privados demandados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, sostuvo que el traslado de régimen de pensiones de la actora se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, además en su momento trasladó todos los emolumentos que conforman la cuenta de ahorro, por lo cual no hay sumas a devolver por gastos de administración, situación que por demás constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, sumas que igualmente están prescritas, por lo que solicita se revoque el numeral tercero.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLFONDOS S.A. en su alzada solicita se revoque la sentencia de instancia, pues cumplió con el deber de información, enfatizando que la demandante es plenamente capaz y estaba facultada para determinar en qué régimen le convenía estar, sin que sea dable alegar la ineficacia después de permanecer varios años en el régimen de ahorro individual, aunado a que el deber de información solo nació hasta el año 2014, sin que se le sean exigibles otros requisitos que no estaban vigentes al momento del traslado, información que se demuestra con el formulario de afiliación, a lo que se suma que no hizo uso del derecho de retracto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir*



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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario por medio del cual la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 1º de junio de 1994, empero, si aporta el formulario de vinculación a SKANDIA S.A. de 2 de febrero de 2000, e igualmente, se advierte la ausencia del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. el 28 de mayo de 2015, sin embargo, se observa que tales vinculaciones se hicieron efectivas el 1º de julio de 1994, 1º de mayo de 2000 y el 1º de julio de 2015, respectivamente, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 93 archivo 09).

Ahora, frente a los formularios de afiliación huelga recordar que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son*

suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la demandante SMITH CACERES GALVIS en el interrogatorio de parte a ella practicado, manifestó que en la empresa donde laboraba hicieron una reunión que duró quince minutos en la que les manifestaron que iban a unificar pensiones y cesantías en una sola entidad, les entregaron el formulario y se trasladó; para ello solo les explicaron que ellos se encargaban de trasladar las semanas que había cotizado al ISS; además, dijo no recordar que les hayan informado de las condiciones para pensionarse en ambos regímenes. De otro lado, señaló que su traslado a SKANDIA se dio en similares condiciones.

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

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

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



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

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

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración a los cuales hace alusión SKANDIA en su impugnación debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, y contrario a lo aducido por el fallador de instancia, se revocará la decisión de primer grado frente a la absolución por indexación y en ese sentido a su vez se adicionarán los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, conceptos estos dos últimos que igualmente deben devolver PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver igualmente a COLPENSIONES los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales debidamente indexados al momento del pago, por las razones que se indican en la parte considerativa de esta sentencia.

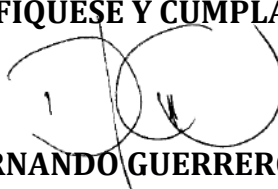


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

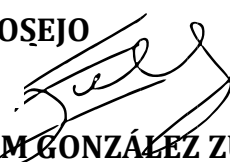
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

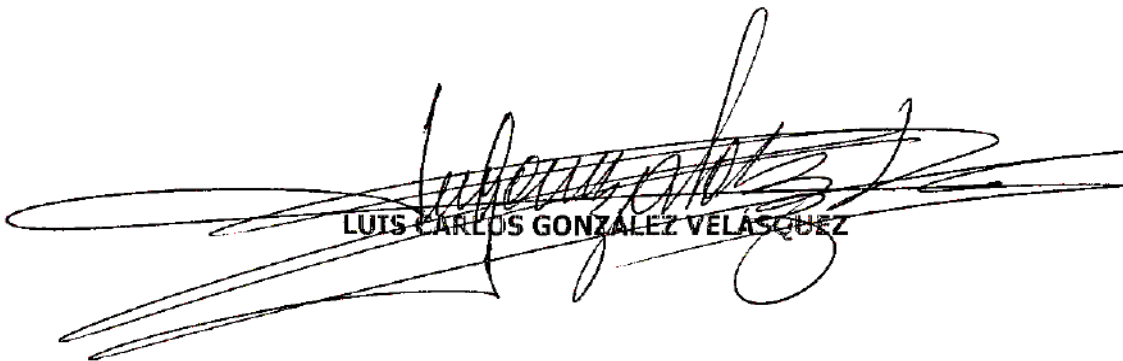
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 37 2021 00371 01 DE SMITH
CACERES GALVIS contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA
S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 46 2023 00004 01
Demandante: MARTHA CECILIA RODRIGUEZ DUARTE
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada CINDY ALEJANDRA ROCHA OSPINA, identificada con cédula de ciudadanía 1.110.556.184 y T.P. 317.754 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería en representación de la demandante al abogado PABLO JULIÁN ALBORNET SALAZAR, identificado con cédula de extranjería 521.929 y T.P. 336.129 del C. S. de la Judicatura, teniendo en cuenta el poder a él conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA CECILIA RODRIGUEZ DUARTE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A., por falta al deber de información, a su vez, se declare que debe estar afiliada en el régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que cotizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y a esta última entidad a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 20 de noviembre de 1990. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, y a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el 20 de noviembre de 1990 en donde alcanzó un total de 179.71 semanas y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 estaba afiliada en esa entidad. Igualmente, relató que se afilió a PORVENIR S.A. el 28 de abril de 1994, administradora en la que permanece en la actualidad, adicionalmente, precisó que al asesor del fondo privado al momento de su vinculación no le elaboró una proyección pensional, ni le indicó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en el ISS.

Continuó relatando que el asesor usó como argumento para lograr su afiliación a ese fondo, que no se iba a poder pensionar en el ISS ya que esa entidad sería liquidada, en cambio en ese fondo se podía pensionar de forma anticipada, empero, no le indicó las desventajas de trasladarse al RAIS, pues solo le entregó información sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y así recibir la comisión correspondiente, lo que conllevó a que suscribiera el formulario de vinculación a PORVENIR S.A.

Agregó que antes del 11 de marzo de 2012, cuando en la que arribaría a la edad de 47 años, PORVENIR S.A. no le indicó sobre la oportunidad con que contaba de regresar al régimen de prima media. De otro lado, sostuvo que actualmente cuenta con más de 1521 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; y que el 27 de febrero de 2023 solicitó a PORVENIR S.A. invalidar su afiliación a ese régimen y a COLPENSIONES que la afiliara, pedimento que negó el fondo público. (f. 1 a 21 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que la actora se vinculó con ese fondo, el 28 de abril de 1994 luego de haber recibido información clara, completa y necesaria, de lo que da cuenta el formulario de afiliación, el cual se ajusta a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. Por tanto, se opuso a que se declare la ineficacia en aplicación de lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, debido a que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; esto es, contra conductas dolosas que en este caso ni se alegan ni se acreditan de parte de la demandante, la cual se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Como excepciones formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 1 a 25 archivo 10).

Por auto de 4 de agosto de 2023 se tuvo por contestada la demanda a PORVENIR S.A. y por no contestada a COLPENSIONES. (archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de septiembre de 2023, resolvió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por MARTHA CECILIA RODRIGUEZ DUARTE con destino a la AFP Porvenir S.A., el 28 de abril de 1994; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de MARTHA CECILIA RODRIGUEZ DUARTE como si no se hubiera realizado el traslado d régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y a la AFP Porvenir SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un s.m.l.m.v. a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que, en casos como el presente, se aplica la carga dinámica de la prueba, la cual está en cabeza de la AFP demandada, quien debe acreditar que brindó al afiliado toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular por haber sido la que impulso el traslado de régimen, ello conforme lo normado en el artículo 167 del C.G.P.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la

demandante, no manifestó haber recibido información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, pues debe el fondo privado informar sobre las condiciones de cada régimen aplicables a cada caso en particular y de cómo impacta en su situación pensional, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación que suscribió al trasladarse de régimen, por ende, declaró la ineficacia del traslado.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución por parte de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de la ineficacia de dicho acto jurídico. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto adujo que, si bien existe un precedente del órgano de cierre, como el citado por la *a-quo* o los Tribunales, no se debe aplicar de manera objetiva en el presente caso, ya que se deben analizar las circunstancias del caso bajo estudio, de modo que, no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración ya que de acuerdo a lo indicado en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el régimen de prima media destina un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, gastos que no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que están sujetos a la prescripción.

Además, enfatizó que la Superintendencia Financiera de Colombia ha indicado que en casos en que procede la ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos financieros, reiterando que debe declararse la prescripción frente a la devolución de los gastos de administración, prima de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual de la afiliada o sus respectivos rendimientos financieros.

Agregó que no hay lugar a la indexación ordenada en la sentencia de instancia, ya que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, ha sostenido que con el traslado de los rendimientos se compensa tal concepto, lo que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil que hace alusión a las

restituciones mutuas, lo cual ha reiterado la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, por lo que solicita se revoquen tales condenas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no

se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los*



jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aporta el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del régimen de prima media de prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 28 de abril de 1994, vinculación que se hizo efectiva el 1º de mayo de 1994 como se aprecia de la certificación del SIAFP (f. 41 y 26 archivo 10).

Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, la demandante MARTHA CECILIA RODRIGUEZ DUARTE en el interrogatorio de parte a ella practicado, señaló que previo a la suscripción del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. no recibió información por parte del asesor del fondo, pues solo fue citada a una reunión grupal por parte de los asesores del fondo en su lugar de trabajo, los cuales les ofrecieron excelentes

resultados en ese fondo y una buena pensión, incluso mejor que la que ofrecía el fondo público, e igualmente le dijeron que podía hacer aportes voluntarios, los cuales utilizó para obtener beneficios tributarios y posteriormente para comprar su casa, pero no conocía que eran para mejorar su pensión; además, le manifestaron que corría el riesgo de perder su pensión de continuar con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales



	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales manifiesta su disenso PORVENIR S.A. en la alzada, conviene memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019 con Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, lo siguiente:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que la decisión de la Juez de instancia resulta acertada, por lo que habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 18 de septiembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 46 2023 00004 01 DE MARTHA
CECILIA RODRIGUEZ DUARTE contra COLPENSIONES Y PORVENIR
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de octubre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado