



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral                    1100131050 03 2018 00496 01  
Demandantes:                        CECILIA DEL PILAR GÓMEZ CABRAL  
Demandados:                        COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de mayo de 2019, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Cecilia del Pilar Gómez Cabral*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Colfondos S.A.*, para que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia se condene a *Colfondos S.A.* a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las deducciones por gastos de administración y descuentos para seguros de invalidez y sobrevivientes, y a *Colpensiones*, a recibirlos y activar la afiliación sin solución de continuidad desde la fecha del traslado, más las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Fundó sus pretensiones en que nació el 26 de febrero de 1963, y cotizó a partir del 2 de septiembre de 1988 con el empleador Caja de Crédito Agrario; que desde el 20 de diciembre de 1989 cotizó con el Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones*, no obstante, *Colfondos S.A.* la “convenció” de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contando para dicha data con 629 semanas de cotización, sin informarle sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario, sin advertirle además que en el evento de



pensionarse a los 57 años de edad, tendría que negociar el bono pensional y aceptar el redescuento del 8% anual; de igual manera, que el Fondo Privado no revisó el historial laboral de la accionante ni expuso escenarios comparativos entre los regímenes pensionales; finalmente, que solicitó a las accionadas la ineficacia del traslado y la reactivación como afiliada al Régimen de Prima Media.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* operó la *litis contestatio* señalando que el traslado realizado desde el 9 de marzo de 2011 a *Colfondos S.A.* es válido, máxime que no le constan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se suscribió el formulario; finalmente, que al contar con más de 55 años de edad, no es factible el traslado de conformidad con la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte *Colfondos S.A.*, señaló que la demandante haciendo uso de su libertad de traslado, suscribió y efectuó los aportes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo cual es plenamente válido el cambio de régimen pensional, sin que haya hecho uso de la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, ratificando la decisión inicialmente adoptada. Finalmente, que la información brindada fue clara, precisa y se basó en las condiciones y normas vigentes para la fecha del traslado.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de validez de la filiación con *Colfondos S.A.*, inexistencia de la obligación en cabeza de *Colfondos S.A.*, buena fe, prescripción y la genérica.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 28 de mayo de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado a *Colfondos S.A.*, condenando a esta última a trasladar todos los valores, bonos pensionales, rendimientos recibidos e intereses, y a *Colpensiones* a reactivar la afiliación sin solución de continuidad.



Para arribar a dicha conclusión, consideró que se allegó al plenario la historia laboral, la certificación de vinculación y el formulario de afiliación, documentales que no acreditan el cumplimiento del deber de información.

Por ende, pese a que para la data del traslado existían normas que obligaban a los fondos de pensiones, a suministrar la información necesaria para efectos del traslado de régimen de pensiones, ello no se acreditó por la parte demandada, lo que deviene en la ineficacia del traslado, debiendo en ese orden de ideas trasladar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual. Finalmente declaró no probadas las excepciones formuladas por pasiva.

### **III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

### **IV.- ALEGATOS:**

*Colpensiones* refirió que la demandante a pesar de alegar haberse trasladado por las presuntas promesas del promotor comercial, nunca indagó o se preocupó por su futuro pensional y solo tras 17 años solicita el traslado de fondo, circunstancia que se dio al observar que el capital cotizado en el RAIS no sería lo esperado solicita la nulidad o ineficacia del traslado; de igual manera que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la demandante, por cuanto la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003; finalmente que no se acreditó ningún elemento de invalidación de la afiliación, y que se debe dar aplicación al principio de sostenibilidad financiera.

Por activa se argumenta que la expresión “*de manera libre y voluntaria*” contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe estar precedida de una asesoría clara, completa y comprensible a la asimetría de un afiliado lego en el tema, la cual solo se alcanza cuando se conocen las características, consecuencias, ventajas, desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; que por pasiva no se acreditó el deber de información y frente al grado jurisdiccional de consulta, que la declaratoria de ineficacia de la afiliación no va en contravía de los intereses de *Colpensiones*, sin que se dable invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales.



## **V.- CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisional en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 9 de marzo de 2001 (Fl. 105), en el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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 tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, y en ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado a *Colfondos S.A.*, lo cual conlleva, de manera consecuencial, que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.



**VI.- DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral                    1100131050 03 2018 00719 01  
Demandantes:                        AMPARO BARAJAS GARCÍA  
Demandados:                        COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:**            **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de agosto de 2019, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Amparo Barajas García*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Protección S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado en septiembre de 1998, y en consecuencia se condene a *Protección S.A.* a retornar los valores incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses, a *Colpensiones*, y a esta última entidad a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad desde la fecha del traslado.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Fundó sus pretensiones en que nació el 24 de octubre de 1961; que laboró con los empleadores UAE Dirección de Impuestos desde el 21 de enero de 1986 hasta agosto de 1998, estando afiliada a *Colpensiones*, acumulando un total de \$464.86 semanas; que los asesores de la AFP ING, hoy *Protección S.A.*, realizaron un “*acoso sistemático*” para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle que perdería los beneficios adquiridos, induciéndola en error con argumentos engañosos, tales como que *Colpensiones* sería liquidada y accedería



en menor tiempo a la pensión de vejez, sin advertir las reales ventajas y desventajas de la decisión; que para la fecha demanda cuenta con 977 semanas en *Protección S.A.* y en total 1623; que radicó derechos de petición solicitando el traslado y la nulidad de régimen pensional, los que fueron respondidos de manera negativa a sus aspiraciones; finalmente que la mesada pensional sería superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* operó la *litis contestatio* señalando que entre el 19 de diciembre de 1994 y el 30 de noviembre de 1997 registraba un total de 08,43 semanas; que no le constan las circunstancias en que se verificó el traslado de régimen pensional, refiriendo que *Protección S.A.* es la entidad que eventualmente tiene que asumir la carga probatoria respecto de los hechos atinente al traslado.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte *Protección S.A.*, señaló no contarle los hechos atinentes a la relación laboral, y se constata que cuenta con 470.86 semanas en el Régimen de Prima Media; que no es cierto que haya recibido un “*acoso sistemático*”, pues solo se verificó la publicidad de los productos ofertados en el marco normal de cualquier estructura comercial, sin que se hayan referido beneficios superiores a los legalmente estipulados, informando de manera objetiva las características del régimen pensional, por lo cual no se indujo en error para la toma de la decisión, la cual fue adoptada libre y conscientemente, como consta en el formulario de afiliación.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito 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, innominada o genérica e 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.



## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 15 de agosto de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado, condenó a *Protección S.A.* a trasladar todos los valores y rendimientos recibidos, y *Colpensiones* a reactivar la afiliación sin solución de continuidad.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la accionante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media, y se trasladó a *Davivir*, hoy *Protección S.A.*, el 20 de agosto de 1998, sin que se acreditara que se haya informado en debida manera los beneficios y desventajas del régimen de traslado, pues los interrogatorios de parte y la prueba testimonial no demuestran una situación contraria. De igual manera, por cuanto el formulario de afiliación, no acredita la información suministrada.

Por ende, pese a que para 1998 existían normas que obligaban a los fondos de pensiones, a suministrar la información necesaria para efectos del traslado de régimen de pensiones, lo cual no se acreditó por la parte demandada, lo que deviene en la nulidad y/o ineficacia del traslado, debiendo en ese orden de ideas trasladar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, bonos pensiones y los rendimientos que se hayan generado.

## **III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

## **IV.- ALEGATOS:**

*Colpensiones* refirió que la demandante a pesar de alegar haberse trasladado por las presuntas promesas del promotor comercial, nunca indagó o se preocupó por su futuro pensional y solo tras 20 años solicita el traslado de fondo, circunstancia que se dio al observar que el capital cotizado en el RAIS no sería lo esperado solicita la nulidad o ineficacia del traslado; de igual manera que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la demandante, por cuanto la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley



797 de 2003; finalmente que no se acreditó ningún elemento de invalidación de la afiliación, y que se debe dar aplicación al principio de sostenibilidad financiera.

Por activa se argumentó que la afiliación operó por medio de engaños y un acoso sistemático los asesores del fondo de pensiones ING hoy *Protección S.A.*, sin darle las herramientas para tomar una decisión tan importante que hoy afecta su vejez, con una mesada que no alcanzaría a cubrir sus gastos mínimos como quedó plenamente probada en las proyecciones pensionales; por otra parte que la legislación radica en las Administradora de Pensiones, el deber de gestión de los intereses de los que se vinculan a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación, lo cual no cumplió la accionada.

## **V.- CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el art. 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.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 20 de agosto de 1998 (Fl. 188), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información ni la prueba testimonial rendida por *Edith Rodríguez Villarreal* da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, por lo que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo cual conlleva, de manera consecencial, que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI.- DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

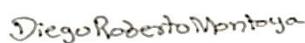
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

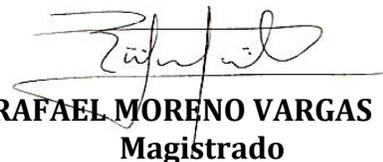
#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral                      1100131050 03 2018 00748 01  
Demandantes:                            MARTHA PATRICIA DUARTE MEDINA  
Demandados:                            COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A.  
**Magistrado Ponente:**                **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de septiembre de 2019, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Martha Patricia Duarte Medina*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.*, para que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia se condene a los fondos privados de pensiones, a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, y a esta última entidad a recibirlos y registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde la fecha del traslado.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Fundó sus pretensiones en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones* el 9 de febrero de 1989, aportando un total de 408,86 semanas, no obstante, el 27 de septiembre de 2000 se afilió a *Porvenir S.A.*, y actualmente se encuentra afiliada a *Old Mutual S.A.*; que el asesor de *Porvenir S.A.* no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que percibiría en *Colpensiones*, ni elaboró una proyección que le permitiera contar con la información adecuada sobre el posible valor de la mesada, teniendo en cuenta el bono pensional, utilizando argumentos engañosos, tales como que *Colpensiones* sería liquidada y accedería en



menor tiempo a la pensión de vejez, sin advertir las reales ventajas y desventajas de la decisión.

Que cumplió 47 años de edad el 6 de julio de 2010 estando afiliada a Porvenir S.A., sin que se le advirtiera acerca de la oportunidad de retornar al Régimen de Prima Media; que actualmente tiene 1308,57 semanas; que el 31 de agosto de 2018 elevó derecho de petición solicitando la invalidación del traslado, a lo cual no se accedió por las demandadas.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* operó la *litis contestatio* señalando que la accionante permaneció como afiliada entre el 9 de febrero de 1989 y el año 2000, cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cotizando en dicho interregno un total de 408,86 semanas; por otra parte, refirió no constarle los hechos atinentes a las condiciones del traslado de régimen pensional, lo cual debe ser acreditado por los fondos privados de pensiones.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte *Porvenir S.A.*, señaló que para el traslado se dio la posibilidad de realizarse simulaciones, proyectando edad, tiempo y aportes de la afiliada, quien además tenía la posibilidad de solicitarlas en cualquier tiempo; que no es engañoso el informar que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es factible acceder a la pensión de manera anticipada, sin que sea cierto que se haya afirmado que el entonces ISS iba a ser liquidado; que se brindó la información oportuna frente al traslado, por lo que la decisión fue adoptada de manera libre y voluntaria por la accionante.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Finalmente, *Old Mutual S.A.*, no contestó la demanda en el término conferido para tal efecto.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**



El 9 de septiembre de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado tanto a *Porvenir S.A.* como a *Old Mutual S.A.*, condenando a esta última a trasladar todos los valores, bonos pensionales y rendimientos recibidos, y a *Colpensiones* a reactivar la afiliación sin solución de continuidad.

Para arribar a dicha conclusión, consideró se allegó el formulario de afiliación a *Provenir S.A.* del 27 de septiembre de 2000, la historia laboral generada por *Old Mutual S.A.* y por *Colpensiones*, así como una proyección pensional que da cuenta que en el Régimen de Ahorro Individual la mesada pensional resulta inferior que la que obtendría en el Régimen de Prima Media, así como las restantes documentales que dan cuenta de las afiliaciones y traslados de la accionante; por otra parte el interrogatorio de parte de *Porvenir S.A.*, en la cual se confesó que no existe documental alguna que acredite la información suministrada, diferente de lo consignado en el formulario de afiliación, y del interrogatorio de parte de la accionante no se avizora confesión que haya sido debidamente informada. De igual manera, por cuanto el formulario de afiliación no acredita la información suministrada.

Por ende, pese a que para la data del traslado existían normas que obligaban a los fondos de pensiones, a suministrar la información necesaria para efectos del traslado de régimen de pensiones, ello no se acreditó por la parte demandada, lo que deviene en la nulidad y/o ineficacia del traslado, debiendo en ese orden de ideas trasladar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, bonos pensiones y los rendimientos que se hayan generado. Finalmente declaró no probadas las excepciones formuladas por pasiva.

### **III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

### **IV.- ALEGATOS:**

*Colpensiones* refirió que la demandante a pesar de alegar haberse trasladado por las presuntas promesas del promotor comercial, nunca indagó o se preocupó por su futuro pensional y solo tras 18 años solicita el traslado de fondo, circunstancia que se



dio al observar que el capital cotizado en el RAIS no sería lo esperado solicita la nulidad o ineficacia del traslado; de igual manera que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la demandante, por cuanto la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003; finalmente que no se acreditó ningún elemento de invalidación de la afiliación, y que se debe dar aplicación al principio de sostenibilidad financiera.

*Porvenir S.A.* señaló que la cumplió con el deber de información vigente, tomando la actora la decisión de manera libre y voluntaria, sin que sea dable someter a la AFP a un imposible jurídico de demostrar formalidades no vigentes para la data del traslado; por otra parte, que resulta improcedente la devolución de los gastos de administración al cumplirse con su objetivo cuando se causaron.

Finalmente, por activa se argumenta que no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la AFP haya brindado una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional efectuado el 27 de septiembre de 2000, ni que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

## **V.- CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que



no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 27 de septiembre de 2000 (Fl. 43), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información ni la restante prueba documental da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.



En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado a *Provenir S.A.*, lo cual conlleva, de manera consecencial, la ineficacia del traslado que se verificó en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a *Old Mutual S.A.* y que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, apareja también como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.*

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI.- DECISIÓN**

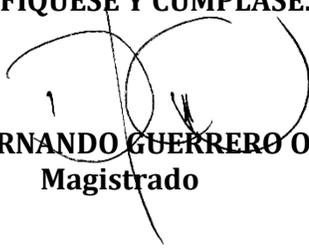
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

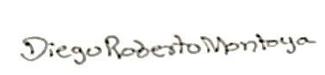
#### **RESUELVE:**

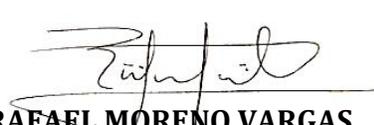
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

  
**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral No. 1100131050 05 2016 00274 01  
Demandantes: MARÍA IRADIS LÓPEZ GONZÁLEZ  
Demandados: FIDUCOLDEX Y OTROS  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**I. SENTENCIA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de diciembre de 2019.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.- DE LA DEMANDA:**

La señor *María Iraidis López González* formuló demanda ordinario en contra el *Consortio SAYP 2011*, integrado por las sociedades *Fiduciaria La Previsoria S.A.* y *Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. "Fiducoldex S.A."*, para que se declare ineficaz la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, por no haberse obtenido el permiso de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y en consecuencia se condene a las accionadas al reintegro sin solución de continuidad, así como al pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la indexación y as condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como supuesto fáctico refirió que se vinculó con el *Consortio SAYP 2011* el 3 de octubre de 2011, mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de "*profesional*"; el 25 de noviembre de 2015 se expidió una certificación laboral que daba cuenta de las tareas y funciones ejecutadas, haciendo parte de la unidad de contabilidad desde el momento de su vinculación; que cuando ingresó a laborar no presentó problemas en sus extremidades inferiores; que el 27 de mayo de 2014 asistió por consulta externa al ortopedista y traumatólogo de la *EPS Compensar* toda vez que presentaba dolores en la rodilla derecha, siéndole diagnosticado "*condromalacia de la rótula*", por lo cual inició



terapia física; que desde el año 2014 hasta agosto de 2015 permaneció en constantes controles médicos con ortopedista y traumatólogo, sin embargo ante el aumento de dolor en la rodilla derecha, acudió al especialista reumatólogo de la EPS quien al valorarla la remitió inmediatamente a terapia ocupacional con el objetivo de buscar y combatir los hallazgos degenerativos que presentaba en la rodilla.

Que el 27 de agosto de 2015 fue valorada nuevamente por ortopedia y traumatología ordenándose la cirugía “*artroscopia meniscectomía medial + condroplastia rodilla derecha*”, la que se realizó el 4 de septiembre de 2015, expidiéndose incapacidad por treinta (30) días hasta el 3 de octubre de 2015, la que fue oportunamente notificada al empleador, prescribiéndose como recomendaciones el reposo y la prohibición de apoyar la pierna derecha, motivo por el cual le ordenaron uso de muletas; que el 2 de octubre de 2015 le fue prorrogada la incapacidad hasta el 2 de noviembre de 2015; que tras habersele otorgado un período de vacaciones, se reintegró al cargo el 18 de noviembre de 2015, y mediante correo electrónico se le informó el cambio de funciones y de sitio de trabajo, lo cual le generó dificultades de movilidad dado su estado de salud; que al exacerbarse el dolor, asistió a cita médica, señalándose recomendaciones laborales, las que fueron puestas en conocimiento del empleador, frente a lo cual no recibió respuesta alguna, y por el contrario, el 24 de noviembre de 2015 fue citada a diligencia de descargos, la que se llevó a cabo el 1º de diciembre de la misma anualidad, para tratar un caso del año 2013, que ya había sido archivado, siendo despedida el 4 de diciembre de 2015; finalmente que interpuso acción de tutela, la que fuera concedida por lo que fue reintegrada el 25 de febrero de 2016, y actualmente continúa en tratamiento médico respecto de la patología que padece.

## **1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

El *Consortio SAYP 2011* operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones, manifestando la accionante cumplió en principio con las funciones propias del empleo, no obstante, en el año 2014 presentó quebrantos de salud, situación que no fue informada al empleador, al no presentar incapacidades cuando asistió a citas, controles y exámenes, sólo comunicó la situación en septiembre de 2015, cuando allegó la incapacidad por el procedimiento quirúrgico, y las secuelas y recomendaciones laborales, sólo fueron en conocimiento por Compensar EPS; que posteriormente a la terminación de la incapacidad, la jefe de la Unidad de Contabilidad, solicitó a la Unidad de Servicios administrativos y Gestión Humana, se diera apertura a un proceso disciplinario, por el presunto incumplimiento del procedimiento de creación y/o actualización de terceros y cuentas bancarias; que la falta cometida consistió en que para el mes de abril de 2014 la unidad ECAT solicitó



la validación de la creación del tercero Cardisalud IPS, si que se encontraran soportes para dicha apertura, encontrando que había sido generada y bloqueada en el año 2010, siendo desbloqueada en el año 2012 por la demandante y modificada la cuenta en junio de 2013; que frente al hallazgo se verificó diligencia de descargos, y se dispuso posteriormente la terminación del contrato de trabajo sin justa causa el 4 de diciembre de 2015.

Que se interpuso acción de tutela, la que fuera concedida, por lo que se procedió con el reintegro el 24 de febrero de 2016, compensando el pago realizado por indemnización; que el 26 de febrero de 2016 se radican recomendaciones laborales, sin que con anterioridad al despido se haya expedido; finalmente, que se ha dado pleno cumplimiento al reintegro y a las recomendaciones laborales.

Propuso y sustentó como excepciones las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para imputar responsabilidad por prácticas discriminatorias, no vulneración de derechos, ausencia de presupuestos para sostener estabilidad laboral reforzada por estado de indefensión, cumplimiento pleno, pago, compensación, improcedencia de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la innominada.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida 6 de diciembre de 2019, declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo, condenado al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y a reubicar a la actora en un empleo acorde con sus nuevas aptitudes.

Para arribar a tal determinación, el *a-quo* señaló que el contrato finiquitó el 6 de diciembre de 2015, por lo que se debía establecer si para dicha data presentaba una discapacidad. Para tal efecto, estimó que de la historia clínica (Fl. 21) se evidencia que presentaba un diagnóstico osteomuscular artrosis, y que la cirugía practicada tenía por objeto establecer la patología, por lo que, si bien las recomendaciones laborales de la EPS datan del mes de febrero de 2016, esto es, con posterioridad al despido, las mismas corroboran que presentaba problemas de salud en vigencia del contrato, pues se le restringía e trasladarse por escaleras y evitar movimientos repetitivos.

Por otra parte, que los descargos se realizaron el 1º de diciembre de 2015, y se endilgan conductas del mes de abril de 2014, las cuales eran conocidas por el área respectiva, si que el hecho de enviar en octubre de 2015 un nuevo correo electrónico solicitando se



de apertura a un proceso disciplinario, reviva los términos, por ende, no se cumple con la inmediatez, denotando un actuar de mala fe patronal.

Finalmente, que el reintegro no queda sujeto a la existencia de consorcio, pues se predica responsabilidad solidaria de las sociedades que lo integran, máxime que el contrato de trabajo no fue por duración de la obra o labor.

## **2.2 RECURSO DE APELACIÓN:**

Por pasiva se interpuso recurso de apelación, señalando (i) que las recomendaciones fueron expedidas con posterioridad a la desvinculación de la actora, las que además no da cuenta de una limitación sustancial para el desarrollo de las funciones, en tanto las que ejecutaba no se limitaban por la patología padecida; (ii) por otra parte que no se verificó una conducta de mala fe patronal, en tanto la empleadora conoce de los hechos para el segundo semestre del año 2015, aunado a ello que pese a existir justa causa, se optó por el despido sin justa causa, sin que la decisión haya tenido relación con el estado de salud de la actora, sino con una causal objetiva; finalmente (iii) que el contrato de trabajo tenía por finalidad el desarrollar el objeto de encargo fiduciario suscrito entre el consorcio y el Ministerio de Salud, por ende, el reintegro y la solidaridad no son procedentes, máxime que las fiduciarias no puede extender las actividades q otros contratos o actividades diferentes del objeto del *Consortio SAYO 2011*, el cual ya finalizó, en tanto el objeto del contrato se trasladó al ADRES, y por cuanto la naturaleza jurídica de las fiduciarias, no permiten el reintegro a su planta de personal.

## **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

Por pasiva se adujo que no existe medio probatorio alguno que acredite que el despido se haya motivado en el estado de salud de la actora, sino que se relacionó directamente con el incumplimiento de funciones; que no se había expedido incapacidad alguna para la data de terminación del contrato de trabajo, estableciéndose una fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral posterior al despido, esto es, el 4 de junio de 2019; refirió que resulta incompatible con el reintegro la indemnización por despido injusto o la equivalente a 180 día, y que además, no es viable por la liquidación del Consorcio.

La parte demandante, adujo que el contrato de trabajo finiquitó sin justa causa, máxime que lo endilgado en la contestación de la demanda, contraría el principio de inmediatez, siendo un acto de mala fe; de igual manera que del material probatorio,



se acreditó la situación de debilidad manifiesta en que se encontraba la actora al momento del despido, siendo por ende procedente el reintegro por quienes conforman el Consorcio.

## **V.- CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado y reunidos los presupuestos procesales para decidir de fondo, corresponde a esta Colegiatura determinar (i) si la demandante se encontraba ampara por la estabilidad laboral reforzada; (ii) si se debe reintegrar a la demandante; y (iii) si se debe condenar solidariamente a las sociedades que conforman el consorcio.

### **5.2 DEL CASO EN CONTRATO:**

Para desatar el objeto de la controversia, se debe acotar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estipula que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por dicha razón, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo y sin que se compruebe previamente la configuración de una justa causa.

Ahora, sobre el alcance de la garantía, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1360 de 2018, señaló:

*“[...] Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera...*

*“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada”.*



De igual manera, en la citada providencia concluyó que:

*"[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada".*

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la SL CSJ en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

*"Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.*

Criterio que se mantiene vigente en sentencias SL5181 de 2019 y SL 635 de 2020, última en la que se dijo:

*"Además de lo anterior, no sobra recordar que la prohibición contenida en la norma en comento que era la vigente para cuando se propuso la desvinculación del actor de su empleo, no opera frente a cualquier tipo de afectación de la salud o de discapacidad, pues conforme al artículo 1º de la Ley 361 de 1997, dicho estatuto normativo se dirige a la protección de aquellas personas en situación de discapacidad severa y profunda, de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo."*

No debe soslayarse que la SL CSJ en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

*"No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.*

*"[...]*



*“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:*

*“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.*

*“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por sí solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.*

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia T-041 de 2019, señaló sobre este aspecto:

*“En suma, el trabajador que pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad laboral tiene derecho a no ser despedido y a ser reubicado en tareas acordes a sus capacidades, habilidades y competencias. En caso contrario, se presume que la desvinculación tuvo como fundamento la condición de discapacidad, y la misma se torna ineficaz.*

*“Dicha regla debe ser aplicada por el juez constitucional de encontrar acreditados los siguientes supuestos: (i) el trabajador presente padecimientos de salud que involucren una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones; (ii) el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido; (iii) no exista autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido; y (iv) el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio”.*

De los criterios jurisprudenciales antes esbozados, se tiene que por activa se debe demostrar que para la fecha del despido o de la ruptura del vínculo laboral, en criterio tanto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como de la Corte Constitucional, que padezca una *situación de discapacidad en un grado significativo*, discapacidad entendida como *pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo*, sin que para acreditar tal situación, se requiera una prueba solemne de pérdida de la capacidad laboral emitida por la entidad competente para calificar tal situación.



Una vez determinado lo anterior y para efectos de establecer si la accionante se encontraba en el supuesto fáctico que implicara la garantía de la estabilidad laboral reforzada, se tiene que en primera instancia se determinó que el contrato de trabajo feneció el 6 de diciembre de 2015, lo cual no objeto de reproche. Ahora bien, aduce la parte recurrente que para dicha data la accionante no se encontraba en una situación de discapacidad, en tanto las recomendaciones laborales se emitieron con posterioridad a la fecha de terminación del contrato.

De la revisión del plenario, se tiene que se aportó la historia clínica de la accionante en la cual se puede advertir que para el 27 de mayo de 2014 consulta por “*dolor de rodilla*”, siendo diagnosticado “*condromalacia de la rótula*” (Fl. 21), y tras remisión a ortopedia es diagnosticada con “*artrosis no especificada*”, consignándose “*hallazgos degenerativos articulares a nivel de rodillas*”; posteriormente el 27 de agosto de 2015 se dispone la “*cirugía: artroscopia meniscectomía medial + condroplastia rodilla derecha*” (Fl. 23), la cual se llevó a cabo en el mes de septiembre de 2015 (Fls. 25 y 26), refiriéndose que deambula con muletas, así como recomendaciones de ejercicios activos y de fortalecimiento muscular (Fl. 30), siendo atendida durante los meses de septiembre y octubre frente a la evolución de la cirugía (Fls. 31 a 46).

De igual manera se aportaron las incapacidades que generó la patología y el procedimiento quirúrgico entre el 4 de septiembre y el 3 de octubre y del 4 de octubre al 2 de noviembre de 2015 (Fls. 47 y 48), así como las vacaciones otorgadas entre el 14 y el 25 de septiembre de 2015 (Fl. 261).

Las anteriores pruebas documentales dan cuenta de la existencia de la patología, así como de la intervención practicada. Por otra parte, se decretó el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, el cual fuera practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (Fls. 497 a 499), en el cual se tuvo en cuenta la historia clínica de la accionante, y se calificó en el aspecto de la “*valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales*”, una pérdida del 15,10%, y una pérdida de capacidad laboral, integrando los otros ítems, en un total del 36,24%, con fecha de declaratoria del 26 de agosto de 2019, esto es, la misma fecha de realización del dictamen.

En dicho experticio además se consigna que la accionante no tiene una labor que implique “*carga física*”, no obstante, como restricciones se evidencia que debe hacer caminatas cortas, no empujar objetos pesados con los pies, no permanecer tiempo prolongado sentada o de pie, no arrodillarse, así mismo se refiere que “*actualmente*” la empresa funciona en una locación de un solo piso.



Por otra parte, el 10 de diciembre de 2015 (Fl. 49) y el 19 de febrero de 2016 (Fls. 50 y 51), se expidieron recomendaciones, atinentes a los tiempos, posturas y actividades que deben verificarse en el ámbito laboral.

Ahora bien, a juicio de la Sala resulta palmaria la discapacidad que padecía la accionante y que se había exacerbado en épocas cercanas al despido (6 de diciembre de 2015), toda vez que había sido intervenida quirúrgicamente e incapacitada en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2015, lo cual era de conocimiento del empleador, y si bien las recomendaciones laborales se emiten con posterioridad al despido, resultaba fehaciente que presentaba una condición que restringía o limitaba sus condiciones laborales.

Aunado a lo anterior obra en el plenario el oficio del 23 de noviembre de 2015 (F. 10), en el cual se ponía en conocimiento el estado de salud, y en la que solicitaba se adoptaran las recomendaciones para *“poner a su disposición mi capacidad normal de trabajo”*, adjuntando la certificación médica del 20 de noviembre de 2015, en la cual se recomienda *“evitar desplazamientos por las escaleras hasta el lugar del baño, otras oficinas, se le recomienda cambiar de módulo para sus pausas activas en su jornada laboral, para mejorar su rendimiento y pronta recuperación”* (Fl. 11), lo cual permite avizorar que incluso se habían expedido recomendaciones ocupacionales en vigencia del contrato de trabajo.

Acota la Sala, que dicha patología implicó una pérdida de la capacidad laboral, pues según el experticio en la valoración del rol ocupacional, ameritó un 15,10%, deficiencia que venía padeciendo en vigencia del contrato de trabajo y se había realizado la intervención quirúrgica en una fecha cercana al despido.

En ese orden de ideas, se tiene que la accionante acreditó padecer patologías que venían siendo tratadas, y eran de conocimiento del empleador en tanto incluso se realizó una cirugía y se expidieron incapacidades, constituyéndose en una situación de discapacidad en grado significativo, en tanto implicaba una pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, lo cual fuera corroborado por la prueba pericial.

Por lo tanto, se presume el despido como un hecho discriminatorio, debiendo por pasiva desvirtuar dicha presunción, acreditando una justa causa como motivo del despido.



Sobre el particular, y pese a que el *a-quo* estimó que la apertura del proceso disciplinario se constituyó en un actuar de mala fe patronal, en tanto la conducta endilgaba databa de anualidades anteriores, frente a lo cual muestra disenso la parte recurrente, debe señalarse que el despido operó *sin justa causa*, tal como se desprende de la misiva aportada al plenario (Fl. 18), en la cual se consigna que “*el Consorcio Sayp 2011 ha resuelto dar por terminado su contrato de trabajo con fundamento en el artículo 28 de la Ley 789 de 2002 (CST art. 64)*”, sin endilgar justa causa alguna o una causal objetiva de terminación.

Ahora bien, si a la finalización del contrato se optó por la terminación unilateral y sin justa causa, no es dable en el proceso endilgar una justa causa, toda vez que el párrafo del artículo 62 del C.S.T., estipula 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*”.

Se debe reiterar que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el supuesto que carece de efecto jurídico el despido o la terminación del contrato sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate “*la configuración de la existencia de una justa causa*”, evento este último que ni siquiera fue endilgado por la empleadora, por lo cual no es dable alegar con posterioridad una justa causa para desvirtuar un despido que se presume discriminatorio, pues de haberse configurado, debió haberlo alegado, máxime que conocía de la situación de discapacidad que presentaba la demandante y que, se actora, se corroboró que implicó una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje superior al 15%. En ese orden de ideas, se confirmará en este aspecto la decisión de primera instancia.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que por pasiva se aduce que no es dable disponer el reintegro, en tanto el contrato de trabajo tenía por finalidad desarrollar el objeto del encargo fiduciario suscrito entre el Consorcio y el Ministerio de Salud, el cual ya finiquitó; no obstante, dicha aseveración no guarda respaldo probatorio alguno, por cuanto el contrato de trabajo se pactó a término *indefinido*.

De igual manera refiere la parte recurrente que no es dable disponer el reintegro en alguna de las Fiduciarias accionadas, pues no sería factible desplegar la accionante actividad distintas al objeto del contrato entre el *Consorcio SAYP 2011* y el Ministerio de Salud, y por cuanto la naturaleza jurídica de las fiduciarias, no permiten el reintegro a su planta de personal.



Frente a lo anterior, basta con señalar que no se acreditó que el Consorcio SAYP 2011, en efecto se haya liquidado, pues la documental aportada da cuenta que se encuentra en estado de liquidación; por otra parte, no se demostró de manera fehaciente que el consorcio no tenga otros objetos contractuales en los cuales pueda ser reintegrada la accionante o que no sea factible que se desempeñe en el proceso de liquidación.

De igual manera, el consorcio se encuentra conformado por la *Fiduciaria La Previsoria S.A.* y *Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. "Fiducoldex S.A."*, sin que tampoco se haya acreditado una imposibilidad material o jurídica de verificar el reintegro o reinstalación, pues ningún material probatorio se aportó al plenario sobre dicho aspecto, máxime que tal como lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL14426-2014, Radicación No. 41948, del 8 de octubre de 2014, cuando el empleador lo constituye un “[...] consorcio –evento en el cual las obligaciones se entienden contraídas por las personas que integran el consorcio”, señalándose de igual manera en la sentencia Radicación No. 24426, del 11 de febrero de 2009, que “*las uniones temporales de personas naturales o jurídicas como también los llamados consorcios, conformados o integrados para un fin determinado, no son sujetos procesales que puedan responder válidamente por obligaciones a su cargo, por lo que las responsabilidades que en la ejecución de la obra se susciten, son a cargo de las personas que las integran*”.

En ese orden de ideas se tiene que no se acreditó la imposibilidad física y jurídica del reintegro.

Finalmente, respecto de lo aducido en los alegatos frente al pago de la indemnización por despido sin justa causa, tal como obra a folio 60 del plenario, el Consorcio al verificar el cumplimiento de la acción de tutela que dispuso el reintegro transitorio, compensó el pago de la misma, y la indemnización de 180 días, a *contrario sensu* de lo alegado, no resulta incompatible con el reintegro, por lo cual se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

## **VI.- DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**



**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**Magistrado**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**

**Magistrado**

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral                      1100131050 08 2018 00147 01  
Demandantes:                            MARÍA AUXILIO VÉLEZ RESTREPO  
Demandados:                            COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:**                **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de mayo de 2019, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *María Auxilio Vélez Restrepo*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Protección S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia se condene a *Protección S.A.* a trasladar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros y el bono pensional; y a *Colpensiones*, a recibirlos y activar la afiliación sin solución de continuidad desde la fecha del traslado, más las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Fundó sus pretensiones en que nació el 12 de mayo de 1964, y cotizó al entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde el 15 de febrero de 1993 hasta el 31 de octubre de 2005, en un total de 593,43 semanas; que en el año 2006 fue abordada por un asesor comercial de *Protección S.A.*, quien le sugirió trasladarse sin explicarle las ventajas y desventajas de dicha decisión, en tanto se limitó a crear falsas expectativas de pensionarse a una edad inferior; que solicitó una proyección de la pensión de vejez, lo cual fue respondido en comunicación del 18 de octubre de 2017, señalándole que a los 57 años su pensión ascendería a \$814.994, en tanto que en el



Régimen de Prima Media correspondería a \$3.542.540; finalmente, que deprecó en sede administrativa, la nulidad del traslado, a lo cual no se accedió por pasiva.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* operó la *litis contestatio* señalando que el traslado tiene plena validez y legalidad, al no existir pruebas de la configuración de alguna de las causales de nulidad, aunado a ello en la demanda se confesó que se afilió a *Protección S.A.*, lo que evidencia pleno conocimiento de las condiciones del traslado, sin que deba soslayarse que no es viable que alegue su propia culpa.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte *Colfondos S.A.*, señaló que no le es dable afirmar o negar lo relatado frente a la asesoría dada hace más de doce (12) años, no obstante, en virtud del principio de la buena fe, la información que se haya suministrado debe entenderse como clara, oportuna y veraz, máxime que una respuesta que le fuera emitida a la accionante se le hizo una proyección pensional y se le informó de la prohibición de retorna a *Colpensiones*.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de nulidad y de la ineficacia alegada por no haber un vicio en el consentimiento; prescripción y la genérica.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 28 de mayo de 2019, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado a *Protección S.A.*, condenando a esta última a trasladar todos los valores que hubiese recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, costos de administración y sumas adicionales con los respectivos intereses y rendimientos, y a *Colpensiones* a reactivar la afiliación sin solución de continuidad.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante, no se verificó confesión alguna frente a la información que le fue suministrada, pues *a contrario sensu* señaló que de haber conocido las ventajas y desventajas, no habría verificado el traslado; de igual manera que de la revisión del formulario de afiliación, se evidencia que contiene información preimpresa e incluso diligenciada, en tanto contiene información relativa al régimen de transición, del cual



no era beneficiaria la actora. En lo atinente a la proyección se evidencia que no le fue puesta de presente al momento del traslado, en tanto tiene fecha posterior al del formulario de traslado.

Por ende, independientemente de que la afiliada sea o no beneficiaria del régimen de transición, por pasiva se tenía la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información, lo cual no aconteció en el *sub-lite*, por lo cual declaró la ineficacia del traslado, debiendo en ese orden de ideas trasladar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual. Finalmente declaró no probadas las excepciones formuladas por pasiva, estimando que la acción para incoar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

### **III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

### **IV.- ALEGATOS:**

*Colpensiones* refirió que el traslado realizado el 1º de noviembre de 2006, efectuado a *Protección S.A.*, tiene plena validez, debiendo la parte demandante acreditar el vicio del consentimiento en el contrato suscrito con la AFP; de igual manera que de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y teniendo en cuenta que la demandante nació el 12 de mayo de 1964, es claro que a la fecha cuenta con 54 años, no siendo posible el traslado de régimen.

Por su parte *Protección S.A.*, aduce que el error de derecho no vicia el consentimiento, sin que sea dable alegar el desconocimiento de la ley; asimismo que los traslados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ratificaron su consentimiento; finalmente, que no es procedente disponer la devolución de los gastos de administración.

### **V.- CONSIDERACIONES:**

#### **5.1 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.

## **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron las documentales contentivas de la historia laboral en *Colpensiones* (Fls. 9 a 11) y en *Protección S.A.* (Fls. 12 a 14), las cuales no acreditan en manera alguna la información que fuera suministrada para el momento del traslado, lo cual también se predica de la proyección pensional del 18 de octubre de 2017, (Fls. 16 a 18).



Ahora bien, el formulario de afiliación aportado al plenario (Fl. 85), data del 1º de septiembre de 200, en el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, le asistió razón a la *a-quo* al estimar que el documento denominado “carta de validación de la asesoría” (Fl. 86), tampoco logra formar el convencimiento en cuanto a que se brindó la información clara, oportuna y necesaria, en tanto incluye aspectos que no se relacionan con la situación de la accionante, tales como pertenecer al régimen de transición, al grupo de periodistas o aviadores civiles, los cuales se marcan como factores de la demandante.

De igual manera, se aporta una simulación pensional entre los regímenes pensionales, en los que se advierte que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los 57 y 60 años, correspondería la mesada entre \$608.507 y \$843.213, respectivamente, mientras que en el Régimen de Prima Media, correspondería a los 57 años a \$5.304.000, la cual data del 7 de septiembre de 2006 (Fl. 87), lo cual indica que fue realizada con posterioridad a la suscripción del formulario, que acaeció el 1º de septiembre de 2006, y adicionalmente resultaba de su contenido evidente la desventaja del traslado, por ende una debida asesoría implicaba no proceder con el traslado, por lo cual, tampoco se acredita el cumplimiento del deber de información con dicha documental, y *a contrario sensu*, demuestra un incumplimiento del deber de buen consejo respecto de la demandante.

Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, y en ese orden de ideas, le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado a *Protección S.A.*, lo cual conlleva, de manera consecencial, que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



Lo anterior, aparece como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.



Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

**VI.- DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 **08 2018 00248 01**  
Demandante:                        CARLOS ENRIQUE GORDILLO BOLAÑOS  
Demandado:                         ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
   COLPENSIONES Y OTRO  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Carlos Enrique Gordillo Bolaños* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la nulidad de la afiliación y del traslado efectuado en el año 2000 a la *AFP Porvenir S.A.*, en consecuencia de lo anterior se le ordene a trasladar a *Colpensiones* los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos e interés, y a *Colpensiones* a recibir e incluir en su historia laboral las semanas que fueron cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad más las condenas *ultra y extra petita*.

**1.1 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 2 de agosto de 1959; que el 1° de febrero de 1983 empezó a cotizar en el Régimen de Prima Media, efectuando antes de su traslado la densidad de 847,43 semanas; que el 11 de abril de 2000 se



afilió a la *AFP Porvenir S.A.*; que para tal efecto un asesor de *Porvenir S.A.* realizó una reunión grupal en la empresa en la que laboraba, persuadiéndolo de realizar el traslado, indicándole que el Instituto de los Seguros Sociales sería liquidado, que podría perder todas sus cotizaciones y que las mesadas pensionales eran superiores a las que reconocía el ISS, sin informarle sobre las desventajas de su traslado, y sin una proyección individualizada de cada régimen pensional; que para la fecha del traslado su IBC era el equivalente a 20 SMLMV.

Que en enero de 2017 solicitó asesoría privada frente a su expectativa pensional, informándole que su mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, podría ser inferior del 20% del promedio de los ingresos durante los últimos años; que el 22 de marzo de 2017 solicitó a *Porvenir S.A.* la nulidad de la afiliación, y mediante oficio del 12 de abril de 2017 no se accedió a lo deprecado, manifestando que si bien, no existe documento físico que soporte la asesoría efectuada al afiliado, aquella si se verificó de manera verbal; finalmente, el 17 de mayo de 2017 solicitó a *Colpensiones* el traslado, lo cual fue negado mediante oficio de 2 de junio de 2017.

## **1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que el actor se trasladó al *Porvenir S.A.* válidamente sin que mediara vicio alguno o falta de información, siendo así evidente con la suscripción del formulario de afiliación, sin que sea dable beneficiarse de su propia incuria.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, *Porvenir S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la afiliación efectuada por el accionante tiene plena validez al no configurarse ningún vicio del consentimiento, debido a que al suscribir el formulario de afiliación indicó que lo signó de forma libre y voluntaria, con conocimiento del acto jurídico y sin presión por parte de un asesor, pues su firma es auténtica y no ha sido cuestionada.



Igualmente, adujo que al momento de la afiliación se dio cumplimiento del periodo mínimo de permanencia que el afiliado debía tener para su traslado; que resulta extraño que el demandante aduzca que carece de información después de 22 años de haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que no existe material probatorio que demuestre los requisitos que se omitieron por parte de la sociedad; y que es improcedente el traslado de los saldos y los aportes pensionales del actor al no existir un fundamento jurídico y al tratarse de una vinculación consolidada y validada por el transcurso del tiempo.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Octavo Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 13 de mayo de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante del RPM al RAIS ocurrido el 11 de abril de 2000; y en consecuencia condenó a *Colpensiones* a admitir el traslado y aceptar los valores que devuelva *Porvenir S.A.* que reposan en la cuenta de ahorro individual y a efectuar los respectivos ajustes en la historia laboral; y a *la AFP Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* todos los dineros que se hubieren recibido por motivo de su afiliación. Declaró no probada la excepción prescripción relevándose de los demás medios exceptivos.

Lo anterior por cuanto consideró que, al demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a pasar que la demandada alegue que no tenían para dicha época la obligación de obtener un soporte documental ni de realizar una proyección o un cálculo actuarial, el deber de información se suple indicándole de manera concreta la forma como se administran los recursos, el dinero que iba obtener en cada mesada pensional y los riesgos y las ventajas que hay en cada uno de los regímenes pensionales.

Refirió que desde el inicio se le debió indicar al actor que el capital para financiar su mesada pensional en el RAIS se obtiene con el producto de lo que ahorre, los



dineros que cotiza el empleador y si hace pensiones voluntarias; comparándolo así con el RPM el cual se financia es con el aporte del trabajador más el aporte que efectúa el Estado, siendo este el perjuicio que se le estaría causando, al manifestar en el interrogatorio de parte que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que percibiría en el RPM. Agregó que, si bien el accionante diligenció un formulario de pensiones voluntarias, lo cierto es que revisando la documental relacionada con la relación de todos los movimientos históricos realizados a *Porvenir S.A.*, no existe ningún valor por concepto de aportes voluntarios. No obstante, el actor reconoció que realizó los aportes voluntarios a *Old Mutual*, y no se realizaron por asesoría del funcionario de la AFP demandada, sino que fueron producto de la política de la compañía en la que laboraba.

Mencionó que de la revisión del material probatorio, *Porvenir S.A.* no cumplió con la carga probatoria que le exige la ley y la jurisprudencia, independiente de que el promotor de la Litis no sea beneficiario del régimen de transición; que *Colpensiones* tiene la obligación de recibir los dineros que traslade la AFP, incluyendo los gastos de administración y los seguros de previsión de invalidez, vejez y muerte, por cuanto al declarar la ineficacia del acto de afiliación la única válida es la del RPM; concluyó refiriendo que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto las acciones que van encaminadas a obtener la ineficacia no están sometidas al termino trienal.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

La apoderada de la demandada *Porvenir S.A.*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que frente a la ineficacia de la afiliación, al actor se le brindó la información que era pertinente para época del traslado y no existía obligación de entregar el soporte correspondiente; en cuanto a las cuotas de administración y primas de la aseguradora, que dichos recursos no los tiene a su disposición pues fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras con las cuales se tenía contratado el servicio previsional; y con respecto a las costas procesales, aquellas no son procedentes por cuanto las pretensiones se están refiriendo a una obligación de hacer.



Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

#### **IV. ALEGATOS:**

Por pasiva, la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones* señaló que validando la historia laboral del actor evidenció que aquel estuvo afiliado al RPM hasta el 1° de junio de 2000, lo que demostró que, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez, por lo que deberá probarse dentro del proceso la nulidad del contrato de afiliación alegado. Igualmente, refirió que es improcedente el traslado pretendido por cuanto el accionante cuenta con 58 años de edad.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 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.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisional en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 11 de abril de 2000 (Fls.17 y 64), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni la restante prueba documental da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación elevado por la parte demandada *Porvenir S.A.*, respecto de la condena a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*



Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En cuanto a las costas procesales, conforme con el artículo 365 del CGP, estas proceden en contra de quien haya sido vencido en juicio, siendo en el presente caso *Porvenir S.A.*, sin que las pretensiones se están refiriendo se traduzcan en una obligación de hacer, como afirmó la parte recurrente.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

## **VI. 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;

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de mayo de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 08 2018 00335 01  
Demandante:                         OLGA ROMERO ESPINOSA  
Demandado:                         COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.  
**Magistrado Ponente:**            **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colfondos S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que *Colpensiones* fue condenada, y La Nación funge como su garante.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Olga Romero Espinosa* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare nula y/o ineficaz, la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada y promovida por la AFP *Colmena* hoy *Protección S.A.*, por incumplimiento de los deberes legales de información, lo cual vicio su consentimiento y como consecuencia se declare que todas las afiliaciones posteriores que hubiera efectuado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad carecen de validez jurídica y por ende se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones*. En consecuencia, se condene a la AFP *Colfondos S.A.* y a la administradora de pensiones en la que se encuentre afiliada, a trasladar la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos, y a *Colpensiones* a activar la afiliación, más las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 1º de marzo de 1960; que se afilió al ISS, hoy *Colpensiones*, a partir del 5 de septiembre de 1984 hasta el mes de febrero de



1999; que diligenció el formulario de afiliación a la AFP *Colmena* hoy *Protección S.A.* en el mes de febrero de 1999; que el fondo privado de pensiones la persuadió para que se vinculara a dicho régimen de pensiones, suministrando una información errónea; que para la fecha del traslado había cotizado 254 semanas; que la AFP *Colmena* no informó la naturaleza y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni que perdería el régimen de transición, ni que la pensión se iba a financiar con lo depositado en la cuenta de ahorro individual, así como los riesgos propios de dicho régimen, tales como el monto de la pensión y las características del mercado bursátil.

Que no informó que la afiliación en la administradora implicaba la disminución de su mesada pensional en más del 76% que la otorgada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ni puso en conocimiento escenarios comparativos de pensión entre los dos regímenes; que no propició información clara y precisa sobre las implicaciones negativas de la afiliación.

Que se afilió a *Colfondos S.A.* en noviembre de 2001, sin que se le informara que antes de cumplir 47 años de edad tenía la posibilidad de trasladarse de régimen, ni le dio información alguna frente a la pensión de vejez; que a la fecha acredita más de 1200 semanas cotizadas; que en octubre de 2017 contrató una asesoría que le permitió evidenciar el perjuicio causado, por lo que radicó solicitud de anulación y/o ineficacia de su afiliación al RAIS, lo que fue negado por las accionadas.

## **1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* se opuso a las pretensiones manifestando la demandante se había afiliado válidamente a la AFP *Protección S.A.* y no había probado error, fuerza o dolo en la afiliación, por lo cual no procedía la declaratoria de nulidad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

*Colfondos S.A.* operó la *litis contestatio* señalando que la accionante se trasladó el 24 de noviembre de 2000, con efectividad a partir del 1º de enero de 2001, cumpliendo con sus deberes, en tanto incluso publicó lo establecido en la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003; señaló que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, y no le es dable retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media; finalmente, que no se avizora un vicio del consentimiento.



Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la innominada o genérica.

Finalmente, *Protección S.A.* se opuso a las pretensiones indicando que el contrato de afiliación celebrado con la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, confluendo todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de voluntad; adicionalmente que no se había ocultado información antes de la firma, ni al momento de afiliarse, por lo que la decisión estuvo exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores comerciales, quienes se encontraban debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del RAIS de manera que pudiera tomar una decisión libre, espontánea e informada.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación a Colmena hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de junio de 2019 declaró la ineficacia del traslado acaecido el 22 de febrero de 1999 proveniente de Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones* a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías *Protección S.A.* antes *AFP Colmena S.A.*; condenó a *Colpensiones* a admitir nuevamente a la demandante y a *Colfondos S.A.* a devolver todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, más los rendimientos que se hubieran causado y los dineros descontados por los seguros provisionales de invalidez y muerte; finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción.

Para tal efecto estimó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 consagra que la elección de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario, el artículo 271 de la misma normativa, consagra como sanción la ineficacia; estimó que la demandante se trasladó al RAIS el 22 de febrero de 1999 y no era beneficiaria del régimen de transición, no obstante, la simple suscripción del formulario no da cuenta que se hubiera cumplido con el deber de información, no obrando prueba documental ni testimonial que acreditara lo contrario; de igual



manera, si bien en interrogatorio señaló que recibió información adicional a la atinente a que el ISS sería liquidado, dicha situación no acredita el cumplimiento del deber de información, por lo que accedió a las pretensiones. Finalmente encontró no probadas las excepciones de prescripción propuestas por las partes demandadas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión *Colfondos S.A.* interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe realizar un análisis de las declaraciones rendidas por la parte demandante, toda vez que las contradicciones permiten evidenciar que había recibido una asesoría, pues inicialmente señaló que se trasladó por la eventual liquidación del ISS, para posteriormente afirmar que recibió más información o asesoría.

Finalmente, que el deber de información no se incumple por no hacer proyecciones sobre consecuencias negativas, en tanto para la fecha del traslado contaba con 39 y había cotizado 240 semanas, por lo cual no era factible advertir las condiciones de conveniencia de los regímenes, máxime que la accionante no retornó al RPM cuando estuvo a su alcance; señaló que, de confirmarse la ineficacia, se revocara la condena a la devolución de los gastos de administración.

### **IV. ALEGATOS:**

*Colfondos S.A.* señaló que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, y por ende resulta evidente que no le asiste el derecho de trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que no cumple con los requisitos establecidos en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, en tanto para 1° de abril de 1994 contaba con menos de 750 semanas cotizadas; de igual manera que no le asiste el derecho de trasladarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media teniendo en cuenta que le faltan menos de diez años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez en el Régimen de Prima Media; que el dolo no se presume y se brindó la información pertinente; finalmente, que la acción se encuentra prescrita.

Por activa, se señaló que para la fecha del traslado, la administradora de fondo de pensiones Colmena hoy *Protección S.A.*, omitió el deber legar de información a la demandante, en cuanto a la naturaleza del régimen de ahorro individual, las características, los requisitos para pensionarse por vejez, los riesgos que incurriría al



momento del traslado, la prohibición de trasladarse de régimen cuando estuviera cerca a cumplir la edad mínima de pensiones, la manera de financiar la pensión en el régimen de prima media con prestación definida, las desventajas del traslado de régimen pensional, sin que se acreditara lo contrario por pasiva; por lo cual se debe acceder a las pretensiones de la demanda y confirmar la sentencia de primera instancia.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales, la Sala analizara en primer lugar, si procede o no la nulidad del traslado de régimen efectuado por el demandante.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisional en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes



referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 24 de noviembre de 2000 (Fl. 50), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información clara, completa y suficiente respecto de las características, condiciones, ventajas y desventajas que pudiera implicar el cambio de régimen pensional, y si bien, la accionante incurrió en contradicciones, no verificó una confesión expresa que acreditara el cumplimiento del deber de información, pues manifestó un desconocimiento de las condiciones pensionales a las que se sometería en el RAIS.

Se debe acotar, que el hecho que la actora haya incurrido en contradicciones no implica *per se* que haya confesado el cumplimiento del deber de asesoría, pues tal consideración implicaba que por activa se manifestara de manera expresa e inequívoca, que la AFP cumplió a cabalidad con el deber de información, lo cual en manera alguna se desprende de sus aseveraciones.

Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, sin que sea de relevancia si la actora pertenecía o no al régimen de transición, su edad o que tuviera cierta densidad de semanas, como lo señaló el máximo órgano de cierre en las providencias antes esbozadas.

Ahora bien, respecto de la condena a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que Colfondos S.A., no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.



**VI. 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;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de junio de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Rodolfo Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral No. 1100131050 **11 2015 00675 01**  
Demandante: WENCESLAO MOJICA PARRA  
Demandados: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
COLPENSIONES  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y dirimir el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, por haber sido condenada y fungir La Nación como garante.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Wenceslao Mojica Parra*, instauró demanda ordinaria laboral, de la cual fue posteriormente radicada su reforma, a efectos de que se condene a *Colpensiones* a reconocer la pensión de vejez, a partir de la fecha determinada en la resolución en la cual le reconocieron el derecho a nombre de la persona que fingió ser su poderdante; al igual que se reconozca el tiempo laborado y dejado de cotizar por sociedad Comercializamos y Asesoremos Ltda. equivalente a 168 semanas; el tiempo laborado con la sociedad Procein Ltda. equivalente a 127 semanas; y el beneficio contentivo del recibo 1635 oficio VF 0819, del 7 de diciembre de 2011 el cual ordenó la liquidación de intereses de mora en valor de \$486.956,00, cancelado el 4 de enero de 2012.

Como pretensión subsidiaria, solicita el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 4 de enero de 2009, teniendo en cuenta el reconocimiento de cualquiera de los tiempos laborados mencionados con anterioridad.

Adicionalmente, solicita que se confirme si la prestación pretendida y que se reconoció utilizando su nombre, identificación e historia laboral, ha cesado de pagarse o se continúan haciendo efectiva, compulsando así copias a la Fiscalía General de la Nación.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**



Como supuesto fáctico indicó que nació el 27 de agosto de 1940; que era beneficiario del régimen de transición por cuanto al 1º de abril de 1994 contaba con 53 años de edad y a la entrada en vigencia del A.L. 01 de 2005 había cotizado 756,58 semanas; que el 7 de septiembre de 2004 se instauró ante el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, utilizando el nombre de su poderdante, proceso ordinario laboral de reajuste y retroactivo pensional en contra de la entidad hoy accionada bajo radicado 2003 00212, del cual fue absuelto el ISS el 06 de marzo de 2006, confirmado la decisión el 11 de diciembre de la misma anualidad por el Tribunal Superior de Bogotá; que Colpensiones fue engañado llevándolo a reconocer la pensión a una persona diferente.

Expuso que, conforme al reporte de semanas cotizadas actualizado al 15 de mayo de 2015, contaba con 882,23 semanas entre el periodo comprendido del 13 de febrero de 1968 al mes de noviembre de 2011. No obstante, que de la historia laboral mencionada no se reporta como cotizado el periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1991 al 3 de junio de 1994, laborado para la empresa Procein Ltda., equivalente a 127 semanas, la cual fue liquidada mediante acta 19 de la reunión de junta de socios, inscrita el 21 de septiembre de 2001 en el certificado de existencia y representación legal; que el 7 de julio de 2009 radicó ante el ISS derecho de petición solicitando respuesta sobre el tiempo laborado y no incluido como cotizado a favor de Procein Ltda., sin encontrar respuesta alguna.

Refirió que mediante oficio GNR- DNC No 2133 se relacionó como deuda por parte del empleador Alfonso Carvajalino Velásquez, los periodos comprendidos entre mayo a diciembre de 1998 y enero a junio de 1999 equivalentes a 68 semanas; que del mismo oficio figura como deuda del empleador Comercializamos y Asesoramos Ltda., los periodos entre mayo a diciembre de 1996, enero a diciembre de 1997, enero a diciembre de 1998 y enero a septiembre de 1999 equivalente a 168 semanas; que sumando la semanas en mora corresponderían a 236 semanas.

Agregó que mediante recibo 1635 oficio VF 0819 del 7 de diciembre de 2011, el ISS le autorizó cancelar el valor de \$486.956 por concepto de liquidación de intereses de mora del periodo comprendido entre septiembre a diciembre de 1994, el cual se efectuó el 4 de enero de 2012; que del pago realizado se cubrió por concepto de salud y pensión \$79.560 y por intereses de mora \$407.396; que el 6 de agosto de 2014 radico derecho de petición ante Colpensiones solicitando principalmente el reconocimiento de la pensión de vejez, sin encontrar respuesta oportuna; que interpuso acción de tutela con el fin de que le responda de fondo su petición, siendo



concedida por el Juez Constitucional; que ante la negativa de Colpensiones elevó incidente de desacato.

### **1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:**

*La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, operó la *litis constestatio*, con su posterior reforma, oponiéndose a las pretensiones, señalando que no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez ni que se condene al beneficio contentivo del recibo 1635 oficio VF 0819 del 7 de diciembre de 2011, toda vez que revisada la historia laboral y el expediente administrativo del actor, no cumple con el mínimo de semanas exigidas en el Decreto 758 de 1990 ni el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Que frente al reconocimiento del tiempo laborado en la empresa Procein Ltda. y el dejado de cobrar a la sociedad Comercializamos y Asesoramos Ltda., la entidad reportó el número de semanas válidamente cotizadas por el accionante. Además, que por sustracción de materia no hay lugar a condena por concepto de intereses moratorios, costas y agencias en derecho y cualquier condena *ultra y extra petita*.*

Propuso y sustentó las excepciones de litisconsorcio necesario, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y la innominada o genérica.

Mediante auto proferido en audiencia del 2 de marzo de 2017 (Fls.97 a 100) se estimó procedente oficiar por secretaría a la Procuraduría General De La Nación para que intervenga en el presente proceso, entidad que indicó que, en salvaguarda del orden jurídico, y en particular el debido proceso, se decrete como prueba y que se llegue a la actuación a título de préstamo del expediente 1100131050 14 2003 00212 00 promovido por *Wenceslao Mojica Parra* en contra del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, por cuanto en el proveído proceso se habría discutido acerca del derecho pensional.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019, declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, condenó



a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1º de diciembre de 2011, en cuantía inicial de \$335.600, por 13 mensualidades al año, más los incrementos de ley; así como al pago del retroactivo pensional liquidado entre el 1º de diciembre de 2011 al 31 de noviembre de 2018, el cual asciende a la suma de \$69'769.408, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 1º de diciembre de 2011 hasta la fecha que se verifique el pago del retroactivo.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* desestimó la configuración de la cosa juzgada por carencia de material probatorio, en la medida en que mediante la reconstrucción efectuada por el Juzgado 14 Laboral del Circuito del Bogotá, sobre el proceso con radicado 2003-00212, si bien es cierto, se determinan que intervienen los mismos sujetos procesales, no sucede lo mismo con la demostración de la entidad causa y objeto, pues no se encuentran las sentencias que fueron proferidas en cada una de las instancias.

Ahora bien, determinó que respecto de los periodos alegados por el actor y que están comprendidos entre el 23 de diciembre de 1991 al 3 de junio de 1994, los cuales no han sido actualizados en su historial laboral, de conformidad con la certificación laboral del 7 de junio de 1994 expedida por el empleador Procein Ltda. se acreditó el tiempo laborado, máxime que para la fecha en que se causaron el demandante contaba con la afiliación al sistema por parte del empleador (Fl.159), y según lo establecido por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, no se pueden desconocer, toda vez que la entidad no adelantó acciones de cobro contra el empleador moroso, comprendiendo además dichos pagos a la fecha respectiva de cuando el trabajador dependiente prestó sus servicios. Además, porque el actor puso en conocimiento de la administradora tales inconsistencias desde agosto de 1999 con la presentación de los recursos de ley contra la Resolución 15578 de 1999.

Estableció de conformidad con lo anterior, que tales periodos alegados por el actor serán tenidos en cuenta para el respectivo estudio pensional, por lo que es beneficiario del régimen de transición por contar con más de 40 años al 1º de abril de 1994, además de ello, corroboró que extendió el régimen de transición al año 2014.

Así las cosas, coligió que de acuerdo con lo establecido por el Acuerdo 049 de 1990, el actor cumplió los requisitos allí previstos, tanto de edad como de semanas cotizadas, y determinó que tiene derecho a la prestación a partir del 1º de diciembre



de 2011 puesto que su última cotización al sistema la realizó como independiente en el ciclo de 2011.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

*Colpensiones* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que de acuerdo al artículo 38 del Decreto 3041 de 1996, la empresa Procein Ltda. tenía la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sobre el tiempo de servicio laborado por el promotor de la litis, por consiguiente, al estar la empresa liquidada no sería dable que la entidad deba asumir dichos dineros.

Además, refirió en cuanto al reconocimiento pensional, que de conformidad con el Decreto 758 de 1990 no es procedente el reconocimiento de la prestación alegada debido a que, según la historia laboral del accionante, aquel no logra acreditar la totalidad de los requisitos.

### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

No se presentaron alegatos en el término conferido para ello.

### **V.- CONSIDERACIONES:**

#### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales, esta Sala verificará si el demandante es beneficiario del régimen de transición; si hay lugar a imputar semanas en mora a *Colpensiones*, y si cumplió los presupuestos del Decreto 758 de 1990 para que se le conceda la pensión de vejez.

#### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Conforme a su cédula de ciudadanía del actor (Fl.166), el actor al 1° de abril de 1994 tenía 53 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, sujeto del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del parágrafo transitorio 4° del A.L. 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750



semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho A.L., en cuyo caso se extiende hasta el año 2014.

A su turno, el artículo 12 del referido Acuerdo aprobado por el Decreto 758 de ese año, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

El demandante cumplió la edad exigida el 27 de agosto de 2000 (Fl.166) y conforme a la historia laboral aportada por la entidad de folios 57 a 58, al 29 de julio de 2005 tenía 759.3 semanas, por lo que se extendió el régimen de transición.

Sin embargo, el señor *Wenceslao Mojica Parra* refiere que la entidad no tuvo en cuenta todas las semanas que cotizó, las cuales fueron imputadas por el juzgador primigenio. Inicialmente hizo referencia al periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1991 al 3 de junio de 1994, laborado para la empresa Procein Ltda.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos ha dicho que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Posición que fue reiterada en reciente sentencia SL984-2019. Rad. N.º 72468 del 13 de marzo de 2019, en la que indicó:

*“...Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.*

*“Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado*



*quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.*

En esa medida, para poder imputar un número determinado de semanas y poderlo hacer por haber incurrido el empleador en mora, debe partirse de un supuesto fáctico que indique sin dubitación alguna, al menos los interregnos en mora y que estos estén comprendidos dentro de la relación laboral alegada, y así inferir que el empleador incurrió en mora.

Sin embargo, para que se active la obligación de la administradora pensional de cobrar los periodos en mora, debe existir una afiliación por parte del empleador, y de no ser así, este debe realizar el pago de un cálculo actuarial para subrogar su obligación en cabeza de Colpensiones.

Al respecto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4103-2017:

*“[...] sin convalidación de tiempos ni subrogación del riesgo, ante la comprobada falta de afiliación [...] al Instituto de Seguros Sociales, la sociedad demandada debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, como se ha definido en sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40575; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587.*

*Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SL19856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.*

*“No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones”.*



Así las cosas, revisado el periodo comprendido entre 23 de diciembre de 1991 al 3 de junio de 1994, se tiene que no obra prueba de que el empleador *Procein Ltda.* afiliara al sistema pensional al señor *Wenceslao Mojica Parra*, pues fue desacertado lo manifestado por el *a-quo* frente a la vigencia de la afiliación por parte del empleador teniendo como soporte el Reporte de Semanas Cotizadas visible a folio 159 y siguientes, en la medida que aquella historia laboral aportada por Colpensiones no corresponde directamente a la del promotor de la litis, sino que hace alusión es al señor *José María Suárez*, quien en el presente proceso hizo parte como testigo.

Además, revisando el expediente administrativo aportado en CD medio magnético (Fl.102) se encuentra el Reporte de Semanas Cotizadas del Periodo 1967 a 1994 del señor *Mojica Parra*, y no se evidencia afiliación al Sistema General de Pensiones por parte del empleador *Procein Ltda.* Como consecuencia de ello, a efectos de que fueran tenidas en cuentas las semanas que equivalen a ese interregno, el citado empleador debió haber realizado el pago de un cálculo actuarial ante la entidad demandada, lo cual no aconteció, pues si bien es cierto obra a folio 29, certificado de historia laboral del 7 de junio de 1994 expedido por el empleador, con el que se acreditó el tiempo laborado y no cotizado, y el cual fue ratificado con el testimonio del señor *José María Suarez*, aquello no supe en debida forma la afiliación ni su financiación correspondiente, ni es dable estimar que Colpensiones incumplió la obligación de adelantar gestiones de cobro de aportes.

Así las cosas, se tiene que la empresa *Procein Ltda.* no subrogó la obligación a Colpensiones, pues no cumplió con su deber para tal efecto, por cuanto en el tiempo anterior a su liquidación (Fl.16) no obra prueba que el accionante haya adelantado las acciones correspondientes a efectos de ordenársele, de ser procedente, el pago del respectivo cálculo actuarial para poder contabilizar las semanas correspondientes, luciendo así desacertada la decisión de primera instancia en este aspecto, ya que aunque ciertamente nuestro máximo órgano de cierre ha determinado que el afiliado no puede correr con las consecuencias negativas de la mora en el pago de sus cotizaciones, aquí se trató de la omisión de afiliación, que exime a Colpensiones de ejercer las acciones de cobro y activa la obligación del empleador de pagar el cálculo actuarial, lo cual como viene de verse, no aconteció. Por tanto, al estar en grado jurisdiccional a favor del Colpensiones no hay lugar a sumar estas semanas en favor del actor.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que también se pretendió el reconocimiento del tiempo laborado y dejado de cobrar por Colpensiones a la sociedad



Comercializamos y Asesoremos Ltda. por los periodos entre mayo a diciembre de 1996, enero a diciembre de 1997, enero a diciembre de 1998 y enero a septiembre de 1999, de los cuales el Juez primigenio no hizo referencia en sus consideraciones ni en su decisión.

No obstante, debe aclararse que los periodos que refiere el actor correspondientes a mayo a diciembre de 1996, enero a diciembre de 1997 y enero a abril de 1998, como aquellos que se dejaron de incluir el ISS hoy Colpensiones no es dable considerarlos, principalmente en razón de que se trata de semanas aportadas de manera simultánea con el empleador Alonso Carvajalino Molina, quien cotizó al SGP las semanas debidamente laborados por el señor Mojica Parra y que se refleja por esos mismos períodos equivalente a 691 días o 98.71 semanas, tal como se desprende del Reporte de Semanas Cotizadas actualizado al 15 de mayo de 2015 (fls.32 a 34) y del Reporte de Reporte de Semanas Cotizadas actualizado a 22 de abril de 2006 (fls.57 a 58)

Lo anterior, lo ha sostenido la SL de la CSJ al determinar que los aportes simultáneos no permiten sumar como tiempos dobles a efectos de acrecentar las semanas de cotización, sino que permiten es incrementar el salario base de cotización, asegurando que un mismo período se eleve el IBC sobre el cual se calculará la prestación pensional en un futuro. Esta tesis ha sido expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación N° 42299, de data 5 de junio de 2012, del M. P Carlos Ernesto Molina Monsalve, al afirmar:

*De tal modo que independiente de que los aportes que reclama la censura estuvieran o no en mora, lo cierto es que no es dable sumarlos al total de semanas cotizadas, habida cuenta que el ISS subroga el riesgo por un mismo período y no por tiempos dobles. Por tanto, en los eventos de servicios prestados por el asegurado en forma simultánea a varios empleadores, los diferentes aportes se tienen en cuenta únicamente “para establecer el promedio del salario de base correspondiente, para efectos del pago de las prestaciones económicas, sin que sobrepase el salario base máximo asegurable al momento de causarse el derecho” conforme lo dispone el artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, es decir, incrementa el ingreso base de cotización más no aumenta el tiempo de cotización o semanas aportadas.*

Aun así, considera esta Colegiatura que de los períodos de mayo de 1998 a septiembre de 1999 se deben sumar las semanas dejadas de cotizar por la empresa Comercializamos y Asesoramos Ltda. por cuanto de la historia laboral aportada por la pasiva a folios 57 a 58 y en la historia laboral a folios 32 a 34, se observa que no se encuentran reportados las cotizaciones de los períodos mencionados con anterioridad, estando vigente la relación laboral por cuanto la casilla “RA” (Fl.58) señala como novedad “SI”, lo cual indica, que hay registro de afiliación o de relación laboral con la empresa desde el ciclo 1996-02 sin que se advierta novedad de retiro.



Asimismo, dentro del acervo probatorio se encuentra Comunicación del 29 de enero de 2010 (fl.12) remitida por el Jefe de Departamento Nacional de Cuentas Corrientes del ISS al Jefe de departamento Nacional de Cobranzas donde relacionan los ciclos que se encuentran con deuda presunta, como son los ciclos o periodos que se encuentra en objeto de estudio. Además, que dentro del expediente administrativo aportado en CD medio magnético (fl.102), se desprende oficio BZ201517042820\_5-20178456, donde se señala que se evidenció que la empresa Comercializamos y Asesoramos Ltda. presenta mora en pago de las cotizaciones comprendidos los períodos de mayo de 1998 a septiembre de 1999.

Por tal razón, es aplicable la figura jurídica de la mora dado que entre el empleador y Colpensiones existió un registro de afiliación o relación laboral, por tal motivo le correspondía a Colpensiones realizar las acciones de cobro de los aportes dejados de cotizar por los períodos de mayo de 1998 a septiembre de 1999 habiéndose de imputar las semanas equivalentes a 510 días o 72,85 semanas.

Finalmente lo alegado frente al pago verificado en virtud del oficio VF0819 del 7 de diciembre de 2011, y que correspondió al período septiembre a diciembre de 1994, se tiene que dicho interregno si se incluye en el reporte de semanas de Colpensiones (Fl.32).

Así las cosas, se tiene que sumadas las semanas registradas en el Reporte de Reporte de Semanas Cotizadas actualizado a 22 de abril de 2006 (Fls. 57 a 58) con las aquí imputadas, se tiene un total de 955,28 semanas en toda la vida laboral y 370,42 semanas desde el 27 de agosto de 1980 al 27 de agosto de 2000 no cumplió con el requisito de cotizar 500 semanas en los últimos 20 años desde el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, las cuales resultan insuficientes para el cumplimiento del requisito indicado en el artículo 12 del AC. 049 de 1990.

Por las razones expuestas se revocará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

### **DECISIÓN**

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



**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 11 2018 00156 01  
Demandante:                        NOHORA CONSTANZA RODRÍGUEZ MIRANDA  
Demandado:                         COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:**         **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral Del Circuito de Bogotá, el 30 de julio de 2019.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Nohora Constanza Rodríguez Miranda* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare nula su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de *Protección S.A.*, y en consecuencia se declare que mantiene la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones*, y se condene a la entidad a solicitar el traslado del capital de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde enero de 2017, más los intereses moratorias.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 5 de diciembre de 1959, contando con más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; que cotizó en el entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde enero de 1979 hasta octubre de 1994; que se trasladó a *Protección S.A.* en octubre de 1994, cotizando hasta diciembre de 2016;



que el 15 de enero de 2018 solicitó a *Protección S.A.* los documentos y la información referente al traslado, y en respuesta se le indicó que la asesoría se había brindado de manera verbal.

Manifestó que el 13 de febrero de 2013 solicitó a *Colpensiones* la corrección de su historia laboral, para que fueran incluidos varios ciclos anteriores a 1985; posteriormente solicitó ante dicha entidad la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, recibiendo respuesta negativa frente a la primera petición, al no estar vinculada actualmente ante dicha administradora pensional.

Que el traslado no se surtió en debida forma, pues no se le informaron los cálculos y proyecciones de su futuro pensional, ni las consecuencias de dicho trámite, por lo que se vició su consentimiento, generándole un perjuicio sobre la pensión que hubiere podido recibir en el Régimen de Prima Media, sin que exista prueba que el traslado se efectuó con conocimiento de las consecuencias de esa decisión.

Que el 6 de enero de 2017 solicitó a *Protección S.A.* el reconocimiento de la pensión de vejez, lo cual fue negado ni se otorgó la devolución de saldos; finalmente refirió que contaba con 1529,28 semanas de cotización.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Al contestar la demanda, *Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, refiriendo que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válido y surtió todos sus efectos, en tanto se verificó de manera libre y voluntaria, máxime que el error de derecho no vicia el consentimiento; por otra parte, que a la accionante del faltan menos de 10 años para acceder a la pensión, motivo por el cual no es dable su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media, 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.



A su turno, *Protección S.A.* solicitó no acceder a lo pretendido por la demandante, pues suscribió solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, sin que se evidencien vicios en su consentimiento, ni constancia de alguna situación anómala; por otra parte, que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición y le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión, por lo cual no es dable el retorno al Régimen de Prima Media.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 30 de julio de 2019, absolvió de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas al actor, pues consideró que conforme el formulario de afiliación a *Protección S.A.*, el traslado de régimen operó de manera libre y voluntaria, cumpliéndose con todas las solemnidades legales para tal efecto, sin que se probara la existencia de algún vicio del consentimiento.

Igualmente indicó que, al momento del traslado, a la demandante le hacían falta 23 años para acceder a la pensión, por lo que no era viable realizar proyección alguna respecto de su derecho pensional, y en consecuencia, no se acreditó perjuicio alguno, máxime cuando no es beneficiaria del régimen de transición.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora la apeló, señalando que de conformidad con lo determinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el formulario de afiliación no se constituye en prueba fehaciente para inferir el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, por lo que procede la ineficacia del traslado, pese a no ser beneficiaria del régimen de transición, más aun cuando no se le explicaron las consecuencias financieras y jurídicas que implicaba el traslado, las cuales no se refieren únicamente a una proyección de su derecho pensional, toda vez que se omitió información sobre el



bono pensional y los requisitos para alcanzar la pensión mínima, entre otras circunstancias que le fueron ocultadas.

#### **IV. ALEGATOS:**

La parte demandante reiteró que, de conformidad con lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la nulidad o ineficacia del traslado también se predica de afiliados no beneficiarios del régimen de transición, señalando que de conformidad con la prueba sobreviniente atinente a la declaración del señor *José Antonio Veloza Ávila*, quien fungió como el asesor de la AFP demandada que realizó el traslado de régimen de la demandante, se acredita la indebida información.

Por otro lado, *Colpensiones* señaló que para el 13 de febrero del año 2018, fecha en la cual la demandante radicó la solicitud de traslado, contaba con 58 años de edad encontrándose en la prohibición legal que preceptúa el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; por otra parte, que mediante el derecho a la libre escogencia de régimen en materia pensional el afiliado acepta directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes; finalmente que la carga de la prueba del vicio del consentimiento alegado, está en cabeza de quien lo alega.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 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. De ser así, se estudiará si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez pretendida.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**



Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisional en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogándose en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, sea lo primero indicar que no es dable acceder a lo pretendido por el apoderado de la parte actora, respecto de la valoración de la prueba que denomina como sobreviniente, pues la aportación del alegado medio de convicción es abiertamente extemporánea, máxime que esta solicitud fue negada desde la etapa de decreto de pruebas, sin que tal decisión fuera recurrida.

Ahora bien, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 14 de octubre de 1994 (Fls. 29 y 130), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte el demandante no confesó que se le haya suministrado en debida forma la información, pues ciertamente como se indicó en precedencia, no solo se debe informar los aspectos positivos de esta decisión, sino que también es menester hacer referencia de las consecuencias negativas, lo cual se echa de menos en el presente asunto, y de ello no se releva a la AFP demandada frente a la carga probatoria con la expresión genérica contenida en el formulario de afiliación, el que, se reitera, no acredita el cumplimiento del deber de información.

En ese orden de ideas, se debe revocar la decisión de primer grado a fin de declarar la ineficacia del traslado, lo cual conlleva, de manera consecuencial, la ineficacia de los traslados posteriores que verificó en el Régimen de Ahorro



Individual con solidaridad, y que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineffectividad 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”*, motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.

Ahora bien, se aprecia que, en efecto, la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que la pensión de vejez se regula bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, refiere como requisitos para el caso de las mujeres, el arribar a los 57 años de edad, los cuales cumplió el 5 de diciembre de 2016, pues conforme con la copia de la cédula de ciudadanía de folio 18, la actora nació ese mismo día y mes de 1959.

Por otro lado, conforme con el inciso segundo, del numeral segundo de la referida norma *“A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”*, de lo que se colige que para el 2016, año es que cumplió la edad pensional, se exigían 1300 semanas, las cuales alcanzó, pues conforme a la información de historia laboral aportada por *Protección S.A.* (Fls. 131 a 134), la actora cotizó al ciclo de diciembre de 2016 un total de 1529,28 semanas.

Por tanto, se aprecia que la pensión de vejez de la demandante se causó el 5 de diciembre de 2016 y en consecuencia, *Colpensiones* debe reconocer el derecho pensional, bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de enero de 2017, pues el último aporte data del mes de diciembre de 2016, y se deprecia el reconocimiento de la pensión, liquidando la pensión conforme lo establece los artículos 21 y 34 de la primera Ley en cita, sin que haya lugar a la prescripción de las mesadas pensionales, pues la demanda se presentó el 21 de marzo de 2018 (Fl. 61), sin que hubiera



trascurrido el término trienal indicado en los artículos 488 y 489 el CST y 151 del CPT y de la SS, desde que se hizo exigible el derecho.

Frente a los intereses moratorios, se debe señalar que la Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, señaló que: *“No se accederá a los intereses moratorios toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión. En consecuencia, y como también se reclamó la indexación, se accederá a esta condena respecto de las mesadas pensionales causadas”*, criterio al cual se acoge la Corporación.

Como corolario de lo anterior se revocará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de *Protección S.A.*

#### **VI.- DECISIÓN:**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de julio de 2019, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *NOHORA CONSTANZA RODRÍGUEZ MIRANDA*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 14 de octubre de 1994, tramitado por la *AFP PROTECCIÓN S.A.*

**TERCERO: CONDENAR** a *PROTECCIÓN S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES*, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos, gastos de



administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *COLPENSIONES*.

**CUARTO: CONDENAR** a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *NOHORA CONSTANZA RODRÍGUEZ MIRANDA*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

**QUINTO: CONDENAR** a *COLPENSIONES* a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de enero de 2017, liquidando la pensión conforme lo establece los artículos 21 y 34 *ejusdem*, debiendo solucionar el retroactivo de manera indexada, por lo antes expuesto.

**SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito elevadas por la pasiva.

**SÉPTIMO: ABSOLVER** de las restantes pretensiones, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**OCTAVO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de *Protección S.A.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral 1100131050 14 2018 00107 01  
Demandantes: EUSEBIO MANUEL OVIEDO MARQUEZ  
Demandados: LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y  
DESARROLLO RURAL  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación elevados por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la demandada respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de julio de 2019.

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Eusebio Manuel Oviedo Márquez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural*, para que se declare que laboró para el extinto *IDEMA* desde el 8 de octubre de 1979 hasta el 6 de julio de 1993 y al ser trabajador oficial, era beneficiario de la CCT de 1992 - 1994.

Solicitó se declare que fue retirado del servicio por decisión unilateral e injustificada por parte de su empleador, devengando como último salario la suma de \$550.712. Como consecuencia de lo anterior, pretendió se condene por pasiva al pago de la pensión convencional de jubilación, establecida en el artículo 98 de la precitada Convención Colectiva de Trabajo, más los incrementos anuales y mesadas adicionales, liquidando la prestación con el promedio de lo devengado en el último año de servicios y conforme con los factores salariales del artículo 124 *ejusdem*, teniendo como tasa de remplazo el 76%, todo debidamente indexado o los intereses de mora, más las condenas *ultra* y *extra petita*.



### **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Fundó sus pretensiones en que laboró en el tiempo antes referido para el extinto *IDEMA* como trabajador oficial devengando un salario promedio de \$550.712, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada para la vigencia 1992-1994. Indicó que el empleador le notificó que el 7 de julio de 1993 terminaría su vínculo laboral, lo cual fue injustificado. Que la entidad para la cual laboró fue suprimida mediante Decreto 1675 de 1997, asumiendo sus obligaciones la cartera ministerial accionada.

Adujo que como quiera que cumplió los 60 años de edad el 29 de junio de 2006, cumple con los requisitos para beneficiarse de la pensión convencional pretendida, sobre el 76% de lo devengado en el último año de servicios, por lo que el 10 de mayo de 2017 realizó la reclamación administrativa solicitando la prestación, la cual fue negada por la demandada.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural* contestó con oposición a las pretensiones, toda vez que la desvinculación del promotor de la Litis se dio por mandato legal y no de manera injustificada, pues ello obedeció a la liquidación de la entidad empleadora, con fundamento en el Decreto Ley 1675 de 1997

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, el Acto Legislativo restringe el reconocimiento de derechos pensionales, el derecho a la pensión de vejez del actor se consolidó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 30 de julio de 2019, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la demandada a pagar al actor la pensión de jubilación convencional desde el 29 de junio de 2006, con una primera mesada pensional de \$1.362.681,77, junto con los incrementos anuales, mesadas adicionales de junio y diciembre. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 10 de mayo de 2014; autorizó



el descuento del porcentaje de salud. Negó la pretensión respecto de la condena por intereses de mora y en su lugar concedió la indexación y condenó en costas a la parte demandada.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que en efecto el actor fue trabajador oficial en el otrora *IDEMA*, durante 13 años, 8 meses y 29 días que equivale a 4949 días, cumpliendo los requisitos para pensionarse establecidos en el artículo 98 la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1994, pues laboró durante más de 10 años, pero menos de 15 y fue despedido sin justa causa en julio de 1993, siendo la edad de 60 años un requisito de exigibilidad de la prestación.

Así las cosas, consideró que la pensión no se vio afectada por el AL 01 de 2005, pues esta se causó en vigencia de la referida Convención Colectiva de Trabajo, siendo el demandado quien debe pagar la prestación, pues ante la liquidación de la entidad empleadora, conforme con el Decreto Ley 1675 de 1997, *La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural* quedó a cargo de sus obligaciones.

Determinó que, conforme con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el porcentaje de la prestación debe calcularse en los términos del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, correspondiendo conforme al tiempo trabajado un 51,55%. Tomó para el monto de la primera mesada pensional el valor arrojado al indexar la suma de \$550.712, último salario probado.

Coligió que, como lo ha dicho el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, no proceden los intereses moratorios en casos como el presente, máxime que la prestación se causó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que concedió la indexación del retroactivo.

### **III.- RECURSOS DE APELACIÓN**

La parte actora censuró parcialmente la decisión de primera instancia, pues alegó que deben concederse los intereses de mora, pues conforme con la Corte Constitucional, estos proceden para todas las pensiones, indistintamente de su fuente de origen y de la época en que se causó.



A su turno, la demandada se dolió de la condena elevada, pues con ocasión de la desaparición del IDEMA, el sindicato de trabajadores también se disolvió, por lo que no hay lugar a reconocer la pensión pretendida, que también se vio afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005.

#### **IV.- ALEGATOS:**

La demandada insistió en sus argumentos de apelación refiriendo que con la extinción del IDEMA, también lo hizo la Convención Colectiva de Trabajo de la que se desprende el derecho perseguido. Indicó que el demandante no tiene derechos adquiridos, pues se requiere para ello también el cumplimiento de la edad exigida, por lo que la pensión se vio afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, además de no ser esta entidad la legitimada para reconocer la prestación, al no haber mediado un vínculo con el promotor de la litis.

Por activa, no se presentaron alegatos de conclusión.

#### **V.- CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si al promotor de la litis le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional contenida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1992 -1994. De ser positiva la respuesta, se establecerá, si esta se vio afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, si debe otorgarla la demandada y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

El promotor de la Litis aspiró a que se le reconozca la pensión de regulada en el artículo 98 de la CCT de 1992 – 1994, por considerar cumplidos los requisitos allí contenidos.

Para desatar el problema jurídico establecido, es necesario traer a colación lo establecido en el art. 469 del CST:



*“La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.”*

Es así que, al revisar el plenario, se aprecia que la Convención Colectiva de Trabajo aportada a folios 14 a 41, fue la celebrada por el *IDEMA* y *SINTRAIDEMA*, vigente para 1992-1994, la cual contiene la constancia de depósitos y en consecuencia es fuente de derechos, además por cumplir con los presupuestos del artículo 467 del CST.

Ahora, el artículo 98 convencional regula la pensión en caso de despido injusto, y precisa en el acápite pertinente:

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

De la citada disposición convencional se extrae que dos son los requisitos para acceder a la pensión de jubilación que se pretende: (i) haber laborado más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos en el *IDEMA* y, (ii) haber sido despedido de manera injusta.

Al respecto se tiene que, como lo dijo la *a-quo* se aprecia a folio 4 del paginario, que el demandante laboró para el *IDEMA* como trabajador oficial desde el 8 de octubre de 1979 hasta el 6 de julio de 1993, esto es, 13 años, 8 meses y 29 días, que es igual a 4949 días, cumpliéndose así el primero de los presupuestos.

Ahora, a folio 3 del paginario, se aprecia que el actor fue declarado insubsistente y conforme con la contestación de la demanda, ello se dio con ocasión del proceso de extinción de la entidad empleadora, de lo que se aprecia que no se debió a una justa causa, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en casos similares al presente, entre otras en la sentencia SL 5183 de 2019, en la que refirió:

*“[...] esta Sala de la Corte, de manera reiterada ha sostenido, que si bien la terminación del contrato laboral de los trabajadores oficiales con ocasión a*



*la clausura o liquidación de la entidad, como consecuencia de una orden del legislador es legal, no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el artículo 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945”.*

Así pues, se acreditó el segundo de los requisitos para lograr la pensión que se pretende, siendo la edad un requisito para la exigibilidad de la prestación, posición que igualmente expuesta en la precitada providencia y en la sentencia SL 3150 de 2019, por lo que como ha dicho esa Alta Corporación, tampoco es viable afirmar que dicha Convención Colectiva de Trabajo solo produjo efectos jurídicos hasta la fecha de liquidación de la entidad (Sentencia SL 5183 de 2019), pues en el presente caso, la pensión se causó el 6 de julio de 1993, esto es, antes de la desaparición de la entidad, cuyas obligaciones fueron asumidas por la aquí demandada, conforme con el artículo 6° del Decreto 1675 de 1997, por lo que en este aspecto no prosperan los argumentos de apelación de la demandada.

Así las cosas, en efecto le asiste el derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión bajo estudio, advirtiéndose que el monto fulminado en primera instancia luce acertado, pues se acompasa con las normas y jurisprudencia que rigen la materia, además de este haberse indexado debidamente de 1993 al 2006, anualidad en la cual se hizo exigible el derecho, toda vez que conforme con la copia de la cédula de ciudadanía vista a folio 12 del paginario, el señor *Oviedo Márquez* cumplió 60 años de edad el 29 de junio de 2006.

Por otro lado, el derecho pensional convencional, contrario a lo afirmado por la entidad demandada, no se vio afectado por lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que el demandante cumplió los requisitos de causación, como se vio, el 6 de julio de 1993, por el tiempo de servicios y la modalidad del despido, razón por la que se concluye que a la fecha de vigencia de la reforma constitucional, esto es, el 29 de julio de 2005, el actor tenía un derecho adquirido que debe ser respetado, tal como lo contempla la norma constitucional objeto de estudio, por lo tanto en este sentido tampoco prospera la alzada y bajo los mismos argumentos referentes a la causación de la pensión, es que de igual manera se confirmará la decisión bajo estudio en lo referente al reconocimiento de las 14 mesadas anuales, toda vez que al cumplirse con los presupuestos antes de la entrada en vigencia del referido Acto legislativo, ciertamente no se afectó por este y sus restricciones.



Frente al fenómeno extintivo de la prescripción, se tiene que al hacerse exigible la prestación el 29 de junio de 2006 y haber realizado la reclamación ante la accionada el 10 de mayo de 2017 (Fls. 6 y 7), contestada de manera desfavorable el 9 de agosto de la misma anualidad, y haberse radicado la demanda el 20 de febrero de 2018 (Fl. 51), se aprecia que están prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 10 de mayo de 2014, conforme lo establecen los artículos 488 y 489 del CST, en concordancia con el artículo 6° y 151 del CPT y de la SS, por lo que en este sentido igualmente se confirmará la decisión primigenia.

En cuanto a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe señalarse que habrá de confirmarse lo estimado en primer grado, como quiera que estos solo aplican respecto de pensiones reconocidas de manera integral por la citada disposición legal, según criterio reiterado expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras muchas, en sentencias SL4662 de 18 de marzo de 2015 radicado 45233, SL8497 de 2 de julio de 2014 radicado 49226 y SL6297 de 7 de mayo del mismo año radicado 45446, de tal modo que era procedente el pago del retroactivo indexado al momento del pago, tal y como lo concluyó la *a-quo*.

En el grado jurisdiccional de consulta, se advierte igualmente que la prestación aquí reconocida tiene el carácter de compartible con la pensión de orden legal que eventualmente le llegare a ser reconocida, ello por cuanto dicho efecto legal se habilitó respecto de las pensiones extralegales de conformidad con el Acuerdo 029 de 1985, norma que después también se reprodujo en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, para todos los efectos legales, se autoriza a la entidad accionada para que en caso que el demandante disfrute de una pensión de orden legal, sólo proceda a reconocer el mayor valor a que hubiere lugar entre las dos pensiones e igualmente a descontar los valores que corresponda en su caso, y así mismo, realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, motivo este por el que se adicionará la decisión de primer grado.

Como corolario de lo anterior se adicionará la sentencia de primer grado frente a la compartibilidad antes referida y se confirmará en lo restante. **SIN COSTAS** en esta instancia.



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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 30 de julio de 2019, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, en el sentido de indicar que la prestación aquí reconocida tiene el carácter de *compatible* con la pensión de orden legal que eventualmente le llegare a ser reconocida, por lo que, para todos los efectos legales, se autoriza a la entidad accionada para que en caso que el demandante disfrute de una pensión de orden legal, sólo proceda a reconocer el mayor valor a que hubiere lugar entre las dos pensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONIRMAR** en lo restante la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 15 2018 00406 01  
Demandante:                        MARÍA DEL ROSARIO ORTÍZ RAMÍREZ  
Demandado:                         ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
   COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en su beneficio, respecto de la sentencia proferida el 5 de junio de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *María del Rosario Ortíz Ramírez* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que fue inducida a error por *Colfondos S.A.* al omitir información sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos del traslado al RAIS, siendo así su afiliación ineficaz; en consecuencia de lo anterior se le declare válida la afiliación al RPM administrado por *Colpensiones*, se condene a *Colfondos S.A.* a trasladar la totalidad de los aportes cancelados desde septiembre de 1999 junto con los rendimientos que por ellos se hayan generado y a trasladar la historia laboral por el tiempo que ha venido cotizando al mismo, más las condenas *ultra* y *extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 13 de mayo de 1961; que empezó a cotizar al ISS, hoy *Colpensiones*, de manera ininterrumpida desde el 17



de agosto de 1990 al 31 de agosto de 1999, acumulando la densidad de 216,29 semanas, teniendo la expectativa de pensionarse a los 57 años de edad con 1300 semanas, siendo la tasa de remplazo entre el 65% al 55% de forma decreciente según sus ingresos, pero con la expectativa de llegar a obtener entre el 80% y al 70,5% del IBL; que entre el 2 de enero de 1989 al 3 de diciembre de 2000, prestó sus servicios al *Hospital Nuestra Señora del Carmen de Tabio*, donde estuvo afiliada del periodo comprendido entre el 2 de enero de 1989 al 23 de diciembre de 1993 al *Fondo Nacional de Pasivo Prestacional del Sector Salud*, y del 24 de diciembre de 1993 al 11 de junio de 1995 a la *Caja de Previsión Social de Cundinamarca* acumulando un total de 329,57 semanas.

Refirió que el 1° de septiembre de 1999 solicitó el traslado e inició a cotizar al RAIS administrado por *Colfondos S.A.*, acreditando al 18 de abril de 2018 una densidad de 936 semanas; que su decisión del traslado contó con la asesoría del personal de la *AFP* demandada, sin haber efectuado una proyección individualizada de la mesada pensional que obtendría en el RAIS, además no se le informó sobre las ventajas y desventajas de su traslado, que perdería todos los beneficios especiales y generales que podría obtener en el RPM y en su lugar se le aseguró que podría pensionarse anticipadamente sin afectar la mesada pensional y que el ISS sería liquidado

Agregó, que el 21 de marzo de 2018, solicitó a la *AFP* accionada los estudios técnicos de las proyecciones de la pensión y la constancia de la información que fueron tenidos en cuenta al momento del traslado, quien mediante oficio del 16 de abril de 2018, le informó que no cuenta con el soporte de la asesoría brindada por cuanto esta era verbal y que con la suscripción del formulario de afiliación se ratifica la asesoría la cual fue de manera libre y voluntaria, expuso los fundamentos sobre la rentabilidad de los Fondos de Pensiones y la forma del cálculo del reconocimiento pensional, concluyendo que a los 60 años tendría derecho a la mesada pensional en el RAIS de \$1'628.353 mientras que el RPM sería de \$5'610.156.

Finalmente, que el 2 de mayo de 2018 solicitó a *Colfondos S.A* declarar la ineficacia de la afiliación, respondiéndole mediante oficio del 23 de mayo de la misma anualidad su improcedencia, pues al momento de su vinculación se le brindó la asesoría verbalmente, y que la misma se ratificó con la suscripción del formulario



de afiliación; en igual sentido, el 2 de mayo de 2017 petitionó a *Colpensiones* anular el traslado del RAIS al RPM por carencia de validez, quien emitió respuesta argumentado la improcedencia de lo pretendido.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La accionada *Administradora Colombiana de Pensiones–Colpensiones*, indicó que las pretensiones de la demanda están relacionadas con hechos ajenos a su representada; que no tiene la carga de la prueba, pues es el Fondo Privado de Pensiones el responsable del traslado, y la ineficacia de la afiliación debe declararse mediante sentencia, por lo que se atiene a lo que se pruebe en el proceso.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

En la oportunidad debida, la accionada *AFP Colfondos S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando inicialmente que se le brindó a la accionante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de trasladarse de régimen, al asesorarla sobre las características, ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que produce sus aportes y el funcionamiento del RAIS distinguiéndolo con el RPM. Igualmente, adujo que la afiliación efectuada por la accionante tiene plena validez al no configurarse ningún vicio del consentimiento, debido a que al suscribir el formulario de afiliación indicó que lo signó de forma libre y voluntaria; que no existe material probatorio que demuestre que la vinculación fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento; que no se le ha vulnerado su derecho pensional, puesto que la actora puede acceder a la prestación alegada cumpliendo los requisitos de Ley; que resulta extraño que el demandante aduzca que carece de información después de 19 años de haberse trasladado al RAIS, y que en caso de ser procedente la nulidad de la afiliación por algún vicio del consentimiento, la misma estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.



Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 5 de junio de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 1° de septiembre de 1999; y en consecuencia condenó a *Colfondos S.A.* a trasladar los aportes que obran en la cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, quien reactivará la afiliación de la accionante y acreditará los recursos como semanas efectivamente cotizadas.

Lo anterior por cuanto consideró que, a la demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la AFP accionada no cumplió con la carga de la prueba en demostrar el deber de información, pues como única documental allegada al plenario fue el formulario de afiliación de la promotora de la litis a *Colfondos*, frente a la cual la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la simple suscripción no acredita el deber de información; y además, el representante legal de la *AFP Colfondos* adujo que no tuvo conocimiento que se la haya brindado a la actora una información adicional.

Agregó que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto la ineficacia del traslado es constituye en un derecho accesorio al derecho pensional, conforme al artículo 48 Superior; que frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición, la Corte Suprema de Justicia, en sus últimas providencias, ha determinado que aquella no está supeditada a dicha condición particular, sino que se debe analizar si se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación; y en cuanto al error de hecho y de derecho, estimo que tratándose de la ineficacia de la afiliación, esta no es procedente puesto que a pesar de que la actora suscribió el formulario de



afiliación, la misma no tiene el conocimiento pleno sobre su decisión por falta de información.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

La *Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, aduciendo que la simple afirmación de la actora acerca de una falta de asesoría sin ningún respaldo que lo acredite, no traslada la carga de la prueba a la AFP, pues aquella debe demostrar dentro del proceso la información falaz la llevó a suscribir el formulario de traslado, lo cual no acontece en el *sub-lite*, por cuanto de la documental y del interrogatorio de parte rendido por la parte demandante, no se vislumbra que el asesor de la *AFP Colfondos S.A.* le diera una asesoría equivocada.

De igual manera, teniendo en cuenta que la sentencia fue desfavorable a *Colpensiones*, y que La Nación funge como su garante, es menester desatar el grado jurisdiccional de consulta.

### **IV. ALEGATOS:**

Por pasiva, la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones* alegó que el traslado efectuado el 1° de noviembre de 1999 del RPM al RAIS tiene plena validez, y, por consiguiente, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial la afirmación de un vicio del consentimiento en el contrato de afiliación suscrito por la promotora de la litis a la *AFP Colfondos S.A.*

Por activa se refiere que el asesor de *Colfondos S.A.* no le suministró la información suficiente, con la exposición de razones, beneficios e inconvenientes debidamente sustentadas para garantizar el derecho a la toma correcta de la decisión de selección de régimen pensional, ni se le presentaron las proyecciones del posible valor de mesada pensional en el Régimen de Prima Media y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y si bien para dicha fecha aún era muy pronto para determinar con certeza cual sería el valor de su mesada pensional, sí era posible presentar proyecciones, y durante todo el tiempo de su permanencia en el Fondo Privado, nunca se le ha dado la asesoría debida con la información suficiente para decidir si permanecía o no afiliada.



## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisional en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 1° de septiembre de 1999 (Fls. 20 y 98), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, lo cual fue corroborado con el interrogatorio rendido por el representante legal de la *AFP Colfondos S.A.*, quien adujo que no tuvo conocimiento que se le haya brindado a la actora una información adicional pues solo reposa en el registro el formulario de afiliación de la accionante; que para dicho año de la afiliación no era necesario documental que acredite la asesoría prestada, y por tanto, no existe ningún registro de proyección, pues aquella se efectuaba previa solicitud por parte del afiliado.

Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, y, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre,



frente a la acción de ineficacia, si se traslada la carga de la prueba al fondo pensional, *a contrario sensu*, de lo alegado en la alzada

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción. Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI. 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;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de junio de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 16 2018 00095 01  
Demandante:                        GUILLERMO CASTILLO GONZÁLEZ  
Demandado:                        ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
   COLPENSIONES Y OTRO  
**Magistrado Ponente:**        **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 2 de abril de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Guillermo Castillo González* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la nulidad de la afiliación y del traslado efectuado del 1º de septiembre del año 2000 a *Colfondos S.A.*, en consecuencia de lo anterior se la condene a trasladar a *Colpensiones* los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos y bonos pensionales y a *Colpensiones* a realizar todas las gestiones pertinentes para anular el traslado, como también a recibirlo sin solución de continuidad; más las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 21 de abril de 1956; que el 22 de mayo de 1989 se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el entonces Instituto de los Seguros Sociales cotizando un total de 268.14 semanas; que el 1º de septiembre de 2000 se afilió a la *AFP Colfondos S.A.*



efectuando aportes equivalentes a 857.14 semanas hasta el 30 de abril de 2017, por lo cual en total ha cotizado 1126.28 semanas.

Refirió que el traslado se efectuó debido a una indebida información del fondo privado respecto al monto y forma en que se liquidaría la mesada pensional; que no se le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho pensional y que el traslado no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte de la AFP; finalmente que el 23 de noviembre de 2017, solicitó a *Colpensiones* y a *Colfondos S.A.* el 17 de noviembre de 2017.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La accionada *Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones* se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el actor se encuentra válidamente afiliado a *Colfondos S.A.* y no se acreditan vicios del consentimiento, puesto que el accionante voluntariamente decidió el traslado al RAIS; de igual manera que el paso del tiempo subsana cualquier irregularidad y que actualmente el accionante no puede retornar por faltarme menos de 10 años para acceder a la pensión.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte la accionada *Colfondos S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que carecen de fundamento jurídico y factico pues no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, máxime que el formulario se suscribió de manera libre y con consentimiento expreso de la parte demandante. Además, afirmó que no existe razón para declarar nulo el traslado pues en ningún momento se le está vulnerando el derecho pensional; que el actor no especificó en qué consistió la acción fraudulenta de la AFP, y que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación se encuentra prescrita conforme al artículo 1750 de Código Civil.



Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó 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, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Dieciséis Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 2 de abril de 2019, absolvió a las demandadas *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; y en consecuencia declaró probadas las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por las demandadas.

Lo anterior por cuanto consideró que el formulario de vinculación suscrito por el actor, el 31 de julio de 2000, cumplió con las exigencias del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 al establecer que podía estar preimpreso en el formato de vinculación la leyenda de aceptación libre y voluntaria del traslado de régimen. Además, alegó que al momento del traslado del accionante no era exigible que las AFP dejaran constancia de la información, efectuaran comparativos, proyecciones e instrumentos financieros dispuestos a disposición del afiliado, pues aquellos surgieron con la Ley 1328 de 2009.

Refirió que el precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral no es aplicable al caso objeto de estudio, en la medida que los supuestos fácticos que han sido demostrados en este asunto difieren con las situaciones que ha sentado la jurisprudencia, tales como ser beneficiario del régimen de transición o que se le haya restringido una expectativa legítima o derecho adquirido. Finalmente, mencionó que el promotor de la litis al haberse trasladado a los 44 años y contar con 248 semanas válidamente cotizadas, no le era imposible acceder al derecho pensional.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN:**



El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que pretensión es la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen pensional, más no la declaratoria relativa al régimen de transición; de igual manera que según la sentencia de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Radicación No. 47.646 del 18 de julio 2017, el ser beneficiario de la transición, en manera alguna es un aspecto relevante en la acción de nulidad del traslado.

Por lo anterior, indicó que se debió efectuar un análisis del deber de información por parte del Fondo de Pensiones, para así concluir si existe un traslado ineficaz que dé lugar a la declaratoria de nulidad

#### **IV. ALEGATOS:**

La parte demandante refirió que la providencia se aparta del criterio jurisprudencial sobre la declaratoria de ineficacia sin argumentación suficiente, toda vez que no se ha adicionado ni exigido como requisito adicional tener una expectativa legítima, un derecho adquirido o ser beneficiario del régimen de transición, sino que ha reiterado que la carga de la prueba se encuentra a cargo de la AFP, sin que baste con la simple suscripción del formulario de afiliación para cumplir con el deber de información.

Por pasiva, *Colpensiones* señaló que no es procedente que se declare la nulidad de la afiliación en el RAIS, puesto que la misma tiene plena validez y legalidad por no probarse por el actor algún vicio del consentimiento, y máxime al confesar el accionante haberse afiliado a la AFP.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 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.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**



Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para



la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, de la revisión del plenario se tiene que se aportó el formulario de traslado y afiliación del 31 de julio de 2000 (Fl. 114) el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información ni la restante prueba documental da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Es menester acotar, que el *a-quo* estimó que el formulario de afiliación se ciñe a las exigencias del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, no obstante, dicha situación, se reitera, no acredita el contenido de la información suministrada, máxime que, como se refirió en precedencia, el máximo órgano de cierre ha adoctrinado que *“las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional”*.

De igual manera, el hecho que el actor se haya trasladado a los 44 años de edad cuando contaba con 248 semanas válidamente cotizadas o el no pertenecer al régimen de transición, no se constituyen en situaciones fácticas que implique no trasladar la carga de la prueba a la AFP.

Por otra parte, frente a la alegada convalidación de la ineficacia, sustentada en el hecho de haber permanecido afiliado al Régimen de Ahorro Individual con



Solidaridad o en no haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, basta con señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838, del 8 de mayo de 2019, señaló: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”.*

En ese orden de ideas, se debe revocar la decisión de primer grado a fin de declarar la ineficacia del traslado, lo cual conlleva, de manera consecencial, que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, apareja también como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de *Colfondos S.A.*

## **VI.- DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 2 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario



de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor *GUILLERMO CASTILLO GONZÁLEZ*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 31 de julio de 2000, tramitado por la *AFP COLFONDOS S.A.*

**TERCERO: CONDENAR** a *COLFONDOS S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES*, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos, gastos de administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *COLPENSIONES*.

**CUARTO: CONDENAR** a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliado del señor *GUILLERMO CASTILLO GONZÁLEZ*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por los Fondos demandados en sus contestaciones.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de *COLFONDOS S.A.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



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

Proceso Ordinario Laboral 1100131050 17 2019 00094 01  
Demandante: URIEL AVENDAÑO CAMARGO  
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de julio de 2018, y dirimir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada, al ser la entidad condenada y fungir La Nación como su garante.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Uriel Avendaño Camargo* instauró demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones para que esta fuera condenada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 20 de marzo de 1992 y el retroactivo hasta el 20 de abril de 2018, descontándosele los valores ya reconocidos. Igualmente, para que se le paguen dichos valores indexados, los reajustes anuales y los intereses de mora.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como sustento de sus pretensiones indicó que nació el 20 de mayo de 1962; que se le determinó una PCL del 59.30% por demencia con fecha de estructuración del 20 de marzo de 1992; que cotizó al ISS, hoy Colpensiones, un total de 151.14, semanas de las cuales más de 150 se hicieron en los últimos 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; que mediante Resolución No. 019255 de 1992 el ISS le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez,



aunque tenía derecho a la pensión de invalidez; que el 30 de enero de 2018 solicitó pensión de invalidez, a lo cual accedió la demandada mediante Resolución No. SUB 101181 del 16 de abril de 2018, sin embargo, negó el pago del retroactivo con fundamento en que no había adjuntado la certificación del pago de las incapacidades de la EPS a la cual se encontraba afiliado, cuando el P.A.R I.S.S hizo constar que no se habían realizado los pagos de las incapacidades; que Colpensiones mediante Resolución No. DIR 13155 del 17 de julio de 2018 resolvió el recurso de apelación confirmando la negativa y manifestó que contra la misma no procedía recurso alguno, quedado agotada la reclamación administrativa.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* se opuso a cada una de las pretensiones propuestas, toda vez que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional se debían aportar las incapacidades médicas para reconocer el retroactivo a que haya lugar, sin que ello fuera allegado, por lo que se reconoció la pensión a corte de nómina. Como consecuencia, adujo que no procedían los demás pedimentos. Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de julio de 2018, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada; declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 20 de marzo de 1992, y en consecuencia condenó a *Colpensiones* a pagar la suma de \$139.307.915 a título de retroactivo y por concepto de mesadas insolutas causadas entre esa fecha y el 30 de abril de 2018, valor que debía ser indexado al momento del pago; autorizó a *Colpensiones* a descontar del retroactivo el porcentaje que correspondía al Sistema de Seguridad Social en Salud y absolvió a la demandada del pago de los intereses moratorios.

Para arribar a dicha conclusión, hizo referencia al artículo 10 del Ac. 049 de 1990 y del artículo 3° del Decreto 917 de 1999 coligiendo que el demandante causó la pensión de invalidez el 20 de marzo de 1992, fecha asignada como



estructuración para su PCL de 59,30%, aclarando que la mesada pensional resulta incompatible con el auxilio de incapacidad médica.

Es así que, aunque inicialmente indicó que al demandante se le adeudaban incapacidades médicas desde el 20 de marzo de 1992 hasta diciembre de 1993, luego aclaró que estas habían sido sufragadas, por lo que consideró que las mesadas pensionales debían pagársele desde el 1° de enero de 1994, liquidando desde dicha data el retroactivo fulminado sobre 14 mesadas anuales, sin que operara el fenómeno extintivo de la prescripción, pues tomó como punto de partida el dictamen proferido el 24 de febrero de 2017.

Manifestó que, por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el retroactivo debía pagarse indexado, sin que procedieran los intereses moratorios, pues además de incompatibles con la indexación, se trata de un retroactivo, habiendo reconocido la entidad previamente la pensión perseguida.

### **III.- APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte *demandante* la apeló en cuanto al reconocimiento de los intereses de mora, pues a su juicio, éstos resultan más favorables que la indexación, además de ser procedentes para casos como el presente, conforme con la SL CSJ.

A su turno, *Colpensiones* mostró su inconformidad, pues considera que no actuó de mala fe, pues esta Entidad debía reconocer las incapacidades médicas desde el día 180 hasta el 540, y como esta prestación resulta incompatible con la pensión de invalidez, se le requirió al actor aportar constancia de sus incapacidades, y ante la omisión de ello, reconoció la pensión a corte de nómina.

Adicionalmente indicó que demandante solicitó el reconocimiento de una pensión invalidez el 26 de marzo de 1992, solicitud que fue negada por el ISS y fue hasta el 30 de enero del 2018 que volvió a solicitar la prestación, ocasionando con ello la prescripción de las anteriores mesadas pensionales.

Finalmente, se surte el grado jurisdiccional de consulta al ser La Nación garante de *Colpensiones*.



#### **IV. ALEGATOS:**

Por activa se solicitó se confirme el pago del retroactivo pensional, y se emita condena por concepto de intereses moratorios, ello en tanto acreditó tener derecho al pago de la mesada pensional desde el 20 de marzo de 1992, data que corresponde con la fecha de estructuración, acotando que no operó el fenómeno prescriptivo, al radicar la demanda oportunamente desde la fecha de calificación de invalidez. Por otra parte, que transcurrieron más de cuatro (4) desde la solicitud pensional, por lo que es viable la condena al pago de intereses moratorios.

Por pasiva se señaló que se reconoció en debida forma la pensión de invalidez, elevando el actor una primera solicitud de reconocimiento pensional el 26 de marzo de 1992, para posteriormente radicar una nueva petición el 30 de enero de 2018, por lo que si operó el fenómeno prescriptivo.

#### **V.- CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde en esta instancia resolver si le demandante le asiste el derecho a que se le reconozca el retroactivo de la pensión de invalidez desde el 1° de enero de 1994 y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Sea lo primero aclarar que, aunque ciertamente el *a-quo* indicó en la parte resolutive de la providencia apelada y consultada que el promotor de la Litis tenía derecho al pago de la pensión desde el 20 de marzo de 1992, lo cierto es que en sus consideraciones indicó que era a partir del 1° de enero de 1994, pues con anterioridad a ello a este se le pagaron incapacidades médicas, liquidando el retroactivo fulminado desde 1994.

Ahora bien, en el presente asunto la pensión de invalidez le fue reconocida al demandante con fundamento en el Decreto 758 de 1990, como se observa en



Resolución SUB 101181 de 16 de abril de 2018, por tener una PCL del 59.30% y también reconocen como fecha de causación de la pensión el 20 de marzo de 1992, esto es, la fecha de estructuración de la PCL. No obstante, determinaron como data del disfrute el 1° mayo de 2018, en cuantía inicial de \$781.242, esto es, un SMLMV.

Como lo indicó el juzgador primigenio, existe incompatibilidad entre el pago de mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal, como quedó regulado en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, veamos:

*“FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez. (Resalta la Sala).*

De cara a la incompatibilidad establecida en dicha norma, se tiene que pese a que la pensión se causó el 20 de marzo de 1992, en punto de las incapacidades médicas encontradas por el *A-quo*, esta debe disfrutarse a partir del 1° de enero de 1994, como se indicó en primera instancia, sin que ello fuera censurado.

Sin embargo, no se encontró en instancia anterior que operara la prescripción, por lo que esta Colegiatura debe hacer referencia a lo señalado por la SL CSJ en sentencia SL 1794 de 2019:

*“Esta Corte, recientemente en providencia CSJ SL 1560-2019, explicó, palmariamente y con profusión, que bien vale parafrasearla, que en tratándose del reconocimiento de la pensión de invalidez, esta solo se torna exigible para el asegurado desde que se emite y se notifica el dictamen de calificación, pues es a partir de tal data que aquél conoce el grado de la afectación a su salud y podría recriminársele su eventual inactividad o incuria en reclamar la prestación, así como considerarse el inicio del término trienal a efectos de que se consolide el fenómeno extintivo, claro está, respecto de las mesadas causadas periódicamente y no así del derecho principal, por ser este último imprescriptible.*

*“También se dijo que no podría entenderse de otra forma, si se tiene en cuenta que el legislador previó (arts. 39 y 42 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 860 de 2003) que para que el daño en la salud del afiliado tenga efectos en el plano jurídico y sean exigibles prestaciones*



*económicas como la pensión de invalidez no basta con la mera ocurrencia del accidente o enfermedad, sino que es necesario que exista certeza del estado de invalidez y del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo que solo se obtiene una vez las autoridades de orden técnico y científico evalúan y califican esa disminución y determinan el grado de invalidez padecido.*

*“Enseñó que lo anterior cobra mayor firmeza si se tiene en cuenta que resulta desatinado achacarle al demandante un actuar negligente en la reclamación de la pensión de invalidez con anterioridad a la emisión de la calificación, cuando aquel no conocía la intensidad de su afección y no sabía si cumplía los requisitos para obtenerla; y la ley le exige, precisamente, demostrar, a través de autoridad competente, una pérdida de capacidad laboral superior al 50% o, en términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que hubiese sido «declarado inválido»”*

En ese sentido, como quiera que el dictamen de PCL data de febrero de 2017 y la demanda se presentó el 1° de febrero de 2019, inicialmente se diría que le asiste la razón al Juez primigenio frente a que no prescribieron las mesadas pensionales. Ello, de no ser por cuanto como lo dijo Colpensiones en su alzada, de la Resolución 00113 del 12 de marzo de 1996 se puede apreciar que la prestación ya había sido solicitada por el demandante el 26 de marzo de 1992, oportunidad en la que presentó el Dictamen 491 del 20 de marzo de 1992 en el que ya presentaba un estado de invalidez, de lo que se aprecia que desde la nugatoria en esa oportunidad de su prestación y habiendo agotado la reclamación administrativa, pudo acudir a la jurisdicción y no obstante, esperó más de una década para ello, pese a que se itera, ya contaba con un dictamen de PCL que definía su estado de invalidez.

En punto de esta circunstancia no analizada en primera instancia, se tiene que en efecto, varias de las mesadas pensionales fueron afectadas por la prescripción, tomando como punto de partida para ello, la radicación de la demanda, que conforme con el Acta de Reparto de folio 25, ello se dio el 1° de febrero de 2019, encontrándose así extintas las mesadas causadas con anterioridad al 1° de febrero de 2016, por lo que hay un retroactivo desde esta fecha hasta el 30 de abril de 2018, pues a partir del día siguiente la demandada le ha venido pagando la pensión.



Como quiera que la pensión de invalidez bajo estudio se causó antes de la vigencia del AL 01 de 2005, en efecto la prestación s debe liquidar sobre 14 mesadas al año, arrojando como retroactivo calculado sobre el SMLMV, la suma de \$22.415.921, por lo que en este aspecto se modificará la decisión primigenia, prosperando parcialmente el recurso de la demandada.

<b>AÑO</b>	<b>MESADA PENSIONAL</b>	<b># DE MESADAS</b>	<b>RETROACTIVO</b>
2016	\$ 689.455	13	\$ 8.962.915
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	4	\$ 3.124.968
		<b>TOTAL</b>	<b>\$ 22.415.921</b>

Ahora, frente a los intereses de mora, se tienen que estos se encuentran contenidos en que el art. 141 de la L. 100 de 1993, refirió *“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.”*, sin embargo, como acertadamente lo dijo la A-quo, solo se aplican para las pensiones reconocidas con fundamento en dicha Ley, siendo extendidos para el Ac. 049/90 por la SL CSJ.

No obstante, debe recordarse que la SL CSJ, en sentencia SL - 787 del 6 de noviembre de 2013, morigeró el criterio frente a su imposición, al considerar que existe justificación cuando la negativa de la entidad se funda en un *respaldo normativo, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales*, pues su conducta estaría regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia.

En el caso bajo estudio, se tiene que en la Resolución SUB 101181 de 16 de abril de 2018 Colpensiones le indicó al demandante que la pensión se le reconocería a partir del 1° de mayo de 2018 *“...hasta tanto allegue un certificado de incapacidades actualizado, expedido por la EPS en la cual se encontraba afiliado a la fecha de estructuración”*, por lo que se encuentra justificado el actuar de la entidad, que en punto de la incompatibilidad entre las incapacidades médicas y las mesadas de la pensión de invalidez, reconoció la prestación a corte de nómina, por lo que en este aspecto se confirmará la



negativa de primera instancia, no obstante, como lo indicó el Juez primigenio, el retroactivo deberá pagarse indexado.

**SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

**VI.- DECISIÓN:**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** parcialmente el numeral primero de la sentencia de primera instancia para **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1° de febrero de 2016, como se estudió en precedencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a pagar al demandante las mesadas pensionales desde el 1° de febrero hasta el 30 de abril de 2018, en la suma de **\$22.415.921** debidamente indexado, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia apelada y objeto de consulta.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral: 1100131050 18 2017 505 01  
Demandante: CALOS JULIO MELGAREJO OLIVEROS  
Demandado: BRAYCO S.A.S.  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

**I.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Carlos Julio Melgarejo Oliveros*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que entre *Brayco S.A.S.* y solidariamente con los socios *Henry Mauricio Ramírez* y *Miguel Ángel Pinto* existió un contrato de trabajo que terminó con el accidente de trabajo acaecido el 21 de agosto de 2014 y como consecuencia se condene a los demandados al pago de los perjuicios materiales, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de las prestaciones económicas provenientes de la discapacidad laboral del 28.58% como consecuencia del accidente de trabajo, al reconocimiento y pago de la indemnización que corresponda por la lesión, las prestaciones asistenciales y servicios médicos, más la indexación e intereses.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Para la prosperidad de sus pretensiones manifestó laboró con los ingenieros accionados en varias obras, entre ellas la del Edificio La Salle de propiedad del señor *Cesar Vega*; que se trasladó a Boyacá para laborar en una obra desde el 16 de agosto de 2014 mediante contrato individual de trabajo por obra o labor; que quien contrató la obra con el Hospital fue la sociedad BRAYCO S.A.S a través del



ingeniero Miguel Ángel Pinto y este a su vez subcontrató con el ingeniero Mauricio Ramírez; que fue contratado para desempeñarse como maestro de obra, trabajando con diferente maquinaria; que el 21 de agosto de 2014 cuando se encontraba cortando una tabla con la pulidora se lesionó una pierna; que no contaba con los elementos de seguridad industrial apropiados para ese tipo de labores; que el día del accidente el mismo le solicitó a su compañero de trabajo que lo ayudara, el cual se comunicó con su jefe inmediato, el ingeniero Mauricio Ramírez, quien manifestó que el empleado no se encontraba afiliado a la seguridad social; que en el mismo Hospital de Chirataque le prestaron los primeros auxilios y le dieron incapacidad por 5 días; que de dicho Hospital fue traslado a Bogotá, en donde a través de SISBEN le brindaron los servicios de salud por cuanto no contaba con servicio de EPS; que en marzo de 2015 le hicieron la primer cirugía para reconstruir el tendón de cuádriceps; que en julio de 2015 fue sometido a una segunda cirugía y procedimientos; que teniendo en cuenta la lesión física no se ha podido reintegrar a la vida laboral; que lleva más de 1000 días incapacitado; que el ingeniero Henry Mauricio Ramírez le ha realizado una serie de giros durante los últimos años, los cuales ascienden a la suma de \$27.922.854; que su último salario mensual devengado fue de \$630.000 catorcenal; que el horario dentro del cual prestó sus servicios fue de lunes a viernes de 7:00 am a 5:00 pm y los sábados de 7:00 am a 12:00 pm; que a la fecha le han realizado dos cirugías en la rodilla derecha sin mejoría; que debido a la lesión de la rodilla las molestias de salud se extendieron a su columna; que debió sufragar los gastos correspondientes al Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional en la Junta Regional de Calificación de fecha del 02 de junio de 2017; que la Junta Regional de Calificación determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 28.58% con fecha de estructuración del 13 de febrero de 2017; que a la fecha de prestación de la demanda ha dejado de percibir 34 meses de salario es decir la suma de \$42.840.000; que debido a la no afiliación a la seguridad social por parte del empleador el mismo no pudo realizarse los tratamientos correspondientes a rehabilitación de sus extremidades, por no contar con la seguridad social ni acceder a las prestaciones económicas correspondientes.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Brayco S.A.S., Miguel Ángel Pinto y Henry Mauricio Ramírez Fonseca* se opusieron a todas y cada una de las pretensiones, indicando que carecían de legitimación



en la causa por pasiva, dada la inexistencia de la relación laboral con la parte demandante. Propuso y sustentó las excepciones de prescripción de la acción laboral, inexistencia de la relación laboral, incorrecto recaudo cometido por penurio probatorio y falsa estimación y la genérica.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 4 de septiembre de 2019, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; declaró probada la excepción de mérito denominada inexistencia de la relación del vínculo laboral propuesta por la pasiva y relevarse de los demás medios exceptivos.

Para tal efecto refirió que no se evidenció que el demandante estuviese incluido en el Sistema General de Seguridad Social entre los años 2014 a 2018, ni se encontró incluido en la nómina de dicha empresa, por lo tanto, consideró el Despacho que no se había logrado evidenciar la prestación personal del servicio del demandante, pues a pesar de que había manifestado haber sido contratado por el señor Henry Mauricio Ramírez Fonseca, este negó que el demandante se hubiera vinculado directamente con él.

Adicionalmente el actor en interrogatorio de parte manifestó que no había laborado con la empresa BRAYCO S.A.S. ni a favor del señor *Miguel Ángel Pinto*, y en cuanto a la vinculación con el señor Henry Mauricio tampoco se encontró documental aportada que diera cuenta de esto, si bien es cierto este aceptó haber entregado la suma de \$27.000.000 por concepto de accidente, dicho documento no fue suficiente para poder establecer el vínculo laboral, dado que se afirmó que se hizo en aras de la amistad con el demandante.

Respecto a las pruebas aportadas por Brayco S.A.S., evidenció la existencia de contratos de prestación de servicios con un Municipio, pero en ninguno de ellos el Despacho encontró la contratación con el demandante, asimismo dentro del listado de aportes al Sistema de Seguridad Social entre los años 2014 y 2018, tampoco se encontró que el demandante hubiera ejecutado dicha labor. Seguidamente indicó que según el artículo 167 del C.G.P. era a la parte demandante quien le correspondía probar el supuesto de hecho de la prestación



personal del servicio, identificando entonces que no existió vínculo contractual por lo tanto las demás condenas no están llamadas a prosperar.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandante* interpuso recurso de apelación, haciendo mención del artículo 34 del C.S.T., manifestando que al momento del accidente el actor no contaba con los elementos de protección industrial y tampoco con las afiliaciones correspondientes a las diferentes entes como EPS y ARL quienes hubiesen respondido por sus prestaciones asistenciales como económicas con ocasión del accidente laboral ocurrido, máxime que el demandante se vio disminuido en su salud y desde ese momento ha tenido que realizarse una serie de tratamientos e intervenciones quirúrgicas, y al iniciar la presentación de la demanda concurrió a la Junta Regional de Calificación para que se determinara la ocurrida pérdida de capacidad laboral, que en ese momento fue calificada arrojando un porcentaje correspondiente 28,58% y actualmente sigue con los tratamientos de salud correspondientes acordes con sus lesiones.

Seguidamente indicó que la Secretaria de Salud había determinado una pérdida de capacidad laboral del 58,37%, que en este caso si el demandante hubiera contado con la afiliación a la ARL que le debió brindar su contratante, a quien él le prestó sus servicios personales, seguramente estuviera pensionado, pero debido a este descuido ostensible de la parte demandada en este momento la parte demandante se encontraba totalmente desamparado e incluso atentando contra su mínimo vital, calidad de vida entre otros derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

### **IV.- ALEGATOS:**

Se aduce por activa que en primera instancia, no se valoró en debida forma el acervo probatorio que da cuenta de la prestación personal del servicio, toda vez que *Miguel Ángel Pinto* y *Henry Mauricio Ramírez*, confesaron que se estaban trabajando en la obra del “*Hospital de Chitaraque*”, lo cual se ratificó en el interrogatorio de parte del actor y el contrato de obra obrante a los folio 139, por lo que quien contrató debió asumir el riesgo laboral y haber afiliado a todo su personal un día antes de iniciar la obra; por otra parte, que llama la atención



que el ingeniero *Henry Mauricio Ramírez*, le haya hecho giros al demandante con ocasión del accidente por valor \$27.922.854; señala que si al actor se le hubiesen suministrado los elementos de seguridad industrial, no hubiese padecido la lesión que se produjo, reiterando que se predica una solidaridad del beneficiario o dueño de la obra.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Al advertir que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y verificado que se encuentran reunidos los presupuestos procesales para proferir sentencia de fondo, se tiene que el problema jurídico a desatar gira en torno a determinar si se debe revocar la sentencia de primera instancia al no haber verificado la afiliación del demandante al Sistema Integral de Seguridad Social.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

En el presente trámite procesal, pretendió el promotor de la acción se declare que tuvo una relación laboral con *Brayco S.A.S.* y solidariamente con los socios *Henry Mauricio Ramírez* y *Miguel Ángel Pinto*, lo cual fue descartado en sede de primera instancia en punto de la confesión de este en su interrogatorio de parte, además de la falta de pruebas que acreditara la prestación personal del servicio, carga que le correspondía a la activa.

Dicha determinación no fue atacada directamente en la sustentación de la alzada, por lo que conforme con el principio de consonancia instituido en el artículo 66 A del CPTSS, ello no será materia de estudio por esta Colegiatura.

No obstante, el recurrente manifestó que el demandante no contaba con elementos de protección industriales y que tampoco se encontraba afiliado tanto a la EPS y a la ARL. Al respecto, cabe destacar que en el Sistema General de Seguridad Social existen afiliados dependientes e independientes.

En el caso de los primeros, estos son los vinculados a través de un empleador, pues este último está obligado a afiliarse a las personas con las que medie un contrato de trabajo, como lo establece el numeral 1° del artículo 15 y el artículo



17 de la Ley 100 de 1993 para el sistema pensional. En tanto que para el sistema de salud, dicha obligación se estableció en el numeral 1° del artículo 165 de la norma en referencia, so pena de las sanciones como lo establece en el parágrafo de dicho artículo.

Frente al sistema de riesgos laborales, dicha obligatoriedad se estableció en el artículo 13 del Decreto 1295 de 1994, modificado por el artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, debiéndose cumplir además con las previsiones del artículo 21 *ejusdem*.

Sin embargo, si lo que se pretende es que dicha afiliación estuviera a cargo de los demandados como trabajador dependiente, debía mediar un contrato de trabajo para que surgiera tal obligación, no obstante, como viene de verse, la relación laboral entre las partes no fue probada y como consecuencia, no puede determinarse que los llamados a juicio debían acarrear con las carga prestacional referida a las cotizaciones o beneficios de la afiliación perseguida y mucho menos puede endilgárseles omisión alguna, pues se itera que, ante la ausencia de un contrato de trabajo, de suyo se descarta la obligación de afiliación al régimen de seguridad social.

Ahora, el apelante en su alzada hizo referencia al artículo 34 del C.S.T., el cual establece:

*“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*

*2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”.*



Precepto legal, modulado e interpretado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente, cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 2262 de 2018, en la que hace alusión a la del 5 de febrero de 2014, radicación 38651.

Sin embargo, en el presente asunto no puede entrarse a estudiar esta figura, pues aunque ciertamente se demandó solidariamente a los socios de la empresa demandada, fue con ocasión de la responsabilidad solidaria que refiere el artículo 36 del CST y no del artículo 34 de dicho compendio normativo, resultando ello un hecho y pretensión solo referida hasta la sustentación del recurso y en consecuencia, no fue discutida, ni analizada en sede de primera instancia, cuyo análisis decaería en una violación al debido proceso y derecho de defensa de la pasiva, quien no tuvo oportunidad de referirse al respecto.

Finalmente debe señalarse que, tal como lo estableció el *a-quo*, el accionante al absolver el interrogatorio de parte, confesó que no laboró en beneficio de *BRAYCO S.A.S.* ni a favor del señor *Miguel Ángel Pinto*, aunado a ello no que no se aportó medio de convicción que diera cuenta de una prestación del servicio a favor de *Henry Mauricio Ramírez*, personas naturales que además fueron accionadas en su calidad de socios. De igual manera, *a contrario sensu* de lo referido en los alegatos de conclusión, la confesión debe ser expresa, sin que las personas naturales accionadas, haya manifestado que el actor prestara sus servicios personales a su favor, y del contrato obrante a folio 139 y siguientes, no se dable tampoco acreditar la prestación del servicio. Por tanto, en este sentido tampoco hay lugar a que salva avance este reproche.

Por lo anteriormente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

## **VI. DECISIÓN:**



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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia, por lo antes estudiado.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 20 2016 00382 01  
Demandante:                         RUBÉN NORBERTO TORRES VEGA  
Demandado:                         UGPP y el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES  
   DE TELECOM Y SUS TELEASOCIADAS - PAR  
**Magistrado Ponente:**            **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de febrero de 2020.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Rubén Norberto Torres Vega* formuló demanda ordinaria laboral contra la *UGPP* y el *PAR TELECOM*, administrado por el *Consortio Remanentes Telecom*, conformado por *Fiduagraria S.A.* y *Fidupopular S.A.*, para que se declare que fue despedido sin justa causa, y como consecuencia de ello se condene a las entidades demandadas a reconocer la pensión por despido sin justa causa consagrada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, partir del día que cumplió 50 años de edad o en su defecto la pensión sanción de que trata el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, más las mesadas pensionales debidamente indexadas a las que tenga derecho y las condenas *ultra* y *extra petita*.

De manera subsidiaria solicitó que de conformidad con la Resolución JD-0012 de 1992 y el artículo 2º de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1997, suscrita entre TELECOM y sus trabajadores, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en la modalidad de 20 años de servicio y 55 años de edad.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**



En respaldo de sus pretensiones expuso que con la expedición del Decreto 2062 del 24 de mayo de 2003, se suprimieron 6.974 cargos de trabajadores oficiales de TELECOM; que de conformidad con el numeral 1º del artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, CAPRECOM era la entidad obligada del reconocimiento de la pensión por despido injusto, obligación que por mandato de los Decretos 1389 del 28 de junio de 2013, 653 del 28 de marzo de 2014, 1440 del 31 de julio de 2014, y 2408 del 28 de noviembre de 2014, quedó en cabeza de la *UGPP*; que a los trabajadores que fueron despedidos, se les canceló la indemnización por terminación sin justa causa.

Que nació el 24 de agosto de 1954, por lo que cumplió 50 años, esto es, la edad para acceder al derecho pensional, el 24 de agosto de 2004; que nunca lo afiliaron al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; que ingreso a laborar para TELECOM el 10 de septiembre de 1981, y fue despedido sin justa causa el 31 de enero de 2006 debido a la liquidación de TELECOM, por lo que para la fecha del despido contaba con 21.88 años de servicios.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La *UGPP* operó la *litis contestatio* señalando que en virtud de lo estatuido en el A.L. 01 de 2005, las pretensiones sólo deben analizarse bajo el amparo de la Ley 100 de 1993; que no cumple además los requisitos de la pensión sanción, toda vez que no operó un despido sin justa causa, y transcurrió un término superior a tres (3) años para accionar tal declaratoria.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones y posición frente a las normas invocadas como violadas por los accionantes.

Por su parte *Fiduagraria S.A.* y *Fiduciar S.A.*, quienes actúan en calidad de voceros del *Patrimonio Autónomo de Remanentes - PAR TELECOM*, se opusieron a las pretensiones, señalando que el actor no reúne los requisitos para acceder a la pensión deprecada, en tanto la terminación del contrato tiene una causa de carácter legal; por otra parte la terminación del contrato data del 25 de junio de 2013, por lo que la norma aplicable es el artículo 133 la Ley 100 de 1993, la cual procede únicamente cuando el empleador no ha afiliado al trabajador al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo cual no acontece en el plenario, en tanto se afilió al demandante a partir del 1º de abril de 1994. Manifestó adicionalmente que no cumple tampoco con los requisitos para beneficiarse de



las normativas convencionales que rigieron en TELECOM. Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y prescripción.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 17 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones.

Lo anterior por cuanto consideró como primera medida que operó la prescripción de la acción para declarar que la terminación consistió en un despido sin justa causa, pues transcurrieron más de tres (3) años desde la desvinculación hasta la presentación de la demanda, la cual se radicó el 28 de julio de 2016.

Refirió que, en gracia de discusión, el contrato de trabajo feneció en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual ya no estaba vigente al Ley 171 de 1961, debiendo acreditar los requisitos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión sanción, no obstante, se certificó en el plenario (Fls. 262 y 263) que se afilió al actor y se solucionaron las cotizaciones con posterioridad al 1° de abril de 1994.

Finalmente, en cuanto a la pensión convencional, estimó que el demandante invocó la condición de ser beneficiario de Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1996-1997, la cual consagra una pensión cuando se cumpla con 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, o 25 años sin consideración a la edad, siempre y cuando sea beneficiario del régimen de transición, lo cual no cumplía el actor, en tanto para el 1° de abril de 1994, contaba con 36 años de edad y menos de 15 años de servicio.

## **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Teniendo en cuenta que la sentencia fue desfavorable la parte demandante y no interpuso recurso de alzada, es menester desatar el grado jurisdiccional de consulta.

## **IV. ALEGATOS:**

La *UGPP* refiere que no existió omisión en la afiliación por parte del empleador y no se configuró el despido sin justa causa, pues como el mismo demandante lo menciona, la separación fue a consecuencia de la liquidación de la entidad ordenada por el Decreto 1615 de 2003, por lo que obedece a una justa causa legal; en cuanto a la



pretensión subsidiaria de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la que trata la Convención Colectiva de Trabajo 1996 – 1997 suscrita entre Telecom y sus trabajadores, la misma no es procedente en tanto no es beneficiario del régimen de transición, la cual es una exigencia consagrada en la normativa extralegal.

El *PAR TELECOM* aduce que la pensión sanción se rige por la ley vigente al momento de la terminación, esto es, la Ley 100 de 1993, razón por la cual, bastó que el demandante estuviera afiliado a CAPRECOM, para que no se pueda acceder a las pretensiones demanda.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales y habiéndose cumplido el requisito previo del agotamiento de la reclamación administrativa, la Sala determinará si hay lugar a reconocer (i) la pensión sanción y (ii) la pensión convencional deprecadas por el promotor de la litis.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es oportuno señalar que el accionante pretende el reconocimiento y pago de la *pensión por despido sin justa causa* consagrada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 o en su defecto la *pensión sanción* de que trata el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular se tiene que el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, consagró la pensión solicitada así:

*“1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una, establecimientos públicos, empresas del estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido*

*2. Si el despido injusto se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si entonces tiene cumplida la expresada edad.”*



Ahora bien, el actor *Rubén Norberto Torres Vega*, de conformidad con el certificado de vinculación obrante en el folio 264 del expediente, laboró en TELECOM desde el 10 de mayo de 1985 hasta el 26 de julio de 2003, esto es, 18 años 2 meses y 17 días, no obstante, tal como lo ha referido la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, la normativa aplicable es la vigente para la fecha de terminación del vínculo laboral, esto es, el 26 de julio de 2013, data para cual se había expedido la Ley 100 de 1993, situación que impide acceder al beneficio consagrado en el Decreto 1848 de 1969.

En efecto, en sentencia SL2744-2019, Radicación No. 67091 del 3 de julio de 2019, se adoctrinó:

*“Ahora, con relación a los cargos séptimo y octavo que pregonan la violación de las normas que consagran la «pensión restringida de jubilación» y/o la pensión sanción, en repetidas oportunidades esta Sala de la Corte ha precisado, que la norma llamada a regir la denominada pensión sanción de jubilación es aquella vigente para la fecha en la que expira la relación laboral, y no, la de la fecha en la que se cumple la edad mínima para obtener la prestación o alguna disposición anterior (CSJ SL, 28 may. 2008, rad. 30462; CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33259; y CSJ SL3773-2018, entre muchas otras). Estando fuera de discusión la fecha de desvinculación, no hay lugar a dudas que la disposición aplicable era el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se observa yerro en la disertación del juez plural.*

No debe soslayarse que el parágrafo primero del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, consagró que lo dispuesto se aplica a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado; y por ello, frente a la indiscutible claridad de la norma, no puede afirmarse válidamente que la pensión consagrada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 esté aún vigente en lo que tiene que ver con los primeros, es decir los trabajadores oficiales, lo cual además ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de julio de 2009, Radicación No. 34684, al señalar:

*“Desacierta el impugnante al pretender demostrar, aceptando que tuvo la calidad de trabajador oficial, que la pensión sanción prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, y/o en el numeral 2º del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, no resultaron subrogados por lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.*

*“En cuanto al campo de aplicación de este precepto legal, que cobró vigencia a partir del 1º de abril de 1994, la claridad que emana de su parágrafo 1º, no permite abrigar duda respecto de que cubre, no sólo a los trabajadores del sector privado, sino, además, y expresamente “a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales”. En tal virtud, la norma que*



*gobierna el derecho a la pensión restringida que reclama el actor, es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el despido se produjo el 22 de junio de 2005, bien entrado en vigencia el dispositivo legal mencionado”.*

Como corolario de lo anterior, no es dable aplicar al accionante el Decreto 1848 de 1969, pues, se reitera, para la fecha del retiro se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, la cual consagra en su artículo 133 la pensión sanción, el cual establece que el trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensionese desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido y si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

Ahora bien, tal como se adujo en primera instancia, al plenario se aportó el memorando ADM JHL 02023 del 22 de agosto de 2019, en el cual se hace constar que *“las cotizaciones a pensión con posterioridad al 1º de abril de 1994 fueron realizadas a CAPRECOM, las cuales fueron trasladadas a COLPENSIONES”* (Fl.262), motivo por el cual no se cumple con el presupuesto de no haber sido afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que de manera subsidiaria solicitó se acceda a la pensión de conformidad con la Resolución JD-0012 de 1992, señalando es aplicable en virtud de lo contenido en el artículo 2º de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1997, suscrita entre TELECOM y sus trabajadores, en la modalidad de 20 años de servicio y 55 años de edad.

Sobre el particular la normativa convencional consagra que *“Quedan vigentes las normas existentes que consagren derechos en beneficio de SITTELECOM de ETT y de los trabajadores de LA EMPRESA que consten por escrito en la Constitución Nacional, Leyes, Decretos, Contratos individuales, convención colectiva, las cuales quedan incorporadas a esta convención en cuanto no resulten modificadas”* (Fl. 93), sin que se haya incluido en las normas que se incorporan, las resoluciones, como sería la JD-0012 de 1992.



Aunado a lo anterior, la Resolución JD-0012 (Fl. 134), determina que se adoptan las disposiciones contenidas en el Manual de Administración y Desarrollo de Recursos Humanos y el Manual de Prestaciones, el cual obra de manera fraccionada (Fls. 135 a 138), en el cual se establece en el artículo 326 (Fl. 142), que se debe contar con 20 años de servicios, presupuesto que no cumple el actor.

Como corolario de lo anterior, le asistió razón al *a-quo* al absolver a las entidades accionadas de las pretensiones incoadas por activa, motivo por el cual, habrá que confirmarse la decisión objeto de consulta. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI.- 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;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 17 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral No. 1100131050 22 2017 00209 01  
Demandante: JUAN ISIDRO TIBANÁ HERNÁNDEZ  
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
COLPENSIONES  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones* en contra de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dirimir el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la accionada, por haber sido condenada y fungir La Nación como garante.

**I. ANTECEDENTES**

**1.- DE LA DEMANDA:**

El señor *Juan Isidro Tibaná Hernández*, formuló demanda ordinaria laboral, a efectos que se condene a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas desde el 1º de febrero de 2017, más los intereses moratorios, y las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTOS FÁCTICOS:**

Como supuesto fáctico refirió que nació el 22 de mayo 1945, y en consecuencia cumplió 60 años de edad el 22 de mayo de 2005; que al 1º de abril de 1994 tenía 48 años de edad; que el 12 de agosto de 2008 solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, frente a lo cual mediante Resolución No. 015762 del 2010 le negó la prestación alegada, por cuanto solo tenía 358 semanas cotizadas durante los últimos veinte años al cumplimiento de la edad, no acreditando así los presupuestos contemplados en el Decreto 758 de 1990; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación frente a la anterior resolución, siendo resuelto



el recurso de reposición mediante Resolución No. 005580 de 2011, confirmando la negativa de la pensión deprecada.

Indicó que el 14 de diciembre de 2011, solicitó al ISS la corrección de la historia laboral al no obrar periodos oportunamente pagados por el empleador durante los años 1995 a 1998, logrando acreditar que durante toda su vida laboral había cotizado 909,43 semanas, y que entre el 1° de enero de 1995 al 22 de mayo de 2005, contaba con una densidad de 520,16 semanas; que el último aporte a pensión lo realizó el 3 de enero de 2007, en calidad de cotizante independiente; y que para la fecha de la presentación de la demanda no le han resuelto el recurso de apelación.

### **1.2 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:**

La *Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-*, operó la *litis contestatio*, oponiéndose a las pretensiones, señalando que si bien el actor en principio era beneficiario del régimen de transición por contar con más de 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente ser beneficiario de la extensión del A.L. 01 de 2005 al contar con más de 750 semanas a la entrada en vigencia de la reforma constitucional, lo cierto es que, para el 31 de diciembre de 2014 no contaba con la densidad de semanas requeridas para lograr los requisitos de la prestación de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, al tan solo alcanzar a cotizar 909,43 semanas.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el seis 6 de septiembre de 2019, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los presupuestos legales previsto en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990,



por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de febrero de 2007, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, y sobre de 14 mesadas pensionales y condenó a reconocer y pagar los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de diciembre de 2008.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* consideró que el promotor de la litis cumplió con los requisitos previstos para el reconocimiento y pago de la prestación de vejez conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, al cumplir el 22 de mayo de 2005, 60 años de edad y contar con 519 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, según el reporte de semanas cotizadas, siendo beneficiario del régimen de transición. Además, indicó que, la fecha de disfrute pensional corresponde al 1° de febrero de 2007, por cuanto la última cotización efectuada por el accionante fue el 31 de enero de 2007.

En cuanto al cálculo del IBL adujo que debía determinarse con los últimos 10 años como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, puesto que, siendo el actor beneficiario del régimen de transición, le es aplicable lo establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo manifestado por la CSJ en sentencia SL 3696-2018. Es así, que realizadas las operaciones aritméticas señaló como IBL la suma de \$407.748,40, que al aplicarle la tasa de remplazo del 63% arroja como primera mesada pensional para el año 2007 por valor de \$256.881,49, monto que, al ser inferior al SMLMV, fue ajustado a \$433.700.

Frente a la mesada 14 estimó que es procedente en la medida que la pensión reconocida se causó el 22 de mayo de 2005, fecha anterior a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Ahora bien, a efectos de calcular el retroactivo pensional, el Despacho consideró previamente que en caso objeto de estudio no operó el fenómeno de la prescripción, al no superarse el término trienal a que alude el artículo 488 CST, debido a que la pasiva no se pronunció oportunamente sobre recurso de apelación que interpuso el actor frente a la Resolución 015762 del 26 de mayo de 2010, que negó el reconocimiento de la prestación de vejez, y por tanto, se efectuó la suspensión de la prescripción, de conformidad con el artículo 6° del CPT y de la SS. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar el retroactivo pensional a



partir del 1° de febrero de 2007, sobre 14 mesadas al año en valor de un SMLMV, realizando los descuentos correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, en lo que respecta a los intereses moratorios adujo que son procedentes a partir del 13 de diciembre de 2008 hasta que se haga efectivo el retroactivo ordenado, puesto que con dicha determinación se respeta el término de los 4 meses después de radicada la petición, esto es, el 12 de agosto de 2008, y en el caso particular no existió una razón atendible por la cual *Colpensiones* no resolvió favorablemente el derecho pensional alegado, ni tampoco a la fecha se encuentra pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el accionante.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN**

*Colpensiones* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, solicitando que se revoque lo concerniente a la fecha establecida para el pago del retroactivo, esto es, el 1° de febrero de 2007 y respecto a la revocatoria de los intereses moratorios.

En cuanto a la fecha establecida para el pago del retroactivo, consideró que el recurso de apelación interpuesto por el accionante fue resuelto mediante Resolución 5580 del 24 de febrero de 2011, el cual fue aportado por el demandante en su libelo introductorio, y en ese sentido la prescripción de las mesadas pensionales debe ser declarada dentro de los 3 años anteriores a la presentación de la demanda, es decir, para el año 2014.

Ahora, frente a los intereses moratorios, señaló que aquellos se causan respecto a pensiones ya reconocidas y respecto a mesadas causadas y no pagadas, situación que no ha acaecido, por cuanto la pensión pretendida por el promotor de la litis aún no ha sido reconocida y que en el tránsito del derecho que el aquí demandante depreca, se ha venido resolviendo mediante los recursos impetrados a la Resolución 015762 del 26 de mayo de 2010, incluso antes de la presentación de esta demanda.

### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**



*Colpensiones* en los alegatos de conclusión reiteró que, si bien el actor tiene derecho al reconocimiento pensional, se debe modificar la fecha de causación, que corresponde a la fecha de la última cotización en el período 2003-12; finalmente que se debe absolver al pago de intereses moratorios.

#### **V.- CONSIDERACIONES:**

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se verificará si le asiste derecho al señor *Juan Isidro Tibaná Hernández* el reconocimiento de la pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990, incluyendo el pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios y la mesada 14.

#### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Conforme a la cédula de ciudadanía del actor (Fl.3), al 1° de abril de 1994 tenía 48 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, sujeto del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del parágrafo transitorio 4° del A.L. 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho A.L., en cuyo caso se extiende hasta el año 2014.

A su turno, el artículo 12 del referido Acuerdo aprobado por el Decreto 758 de ese año, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

El demandante cumplió la edad exigida el 22 de mayo de 2005 (Fl.3) y conforme a la historia laboral (Fls. 52 a 55), e cumplió con el requisito de cotizar 500 semanas en los últimos 20 años desde el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, esto es, haciendo la suma de los periodos cotizados desde el 22 de mayo de 1985 hasta el 22 de mayo de 2005, donde acumula un total de 518,28 semanas, por lo que adquiere bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, el derecho a la pensión de vejez. En consecuencia, se confirmará la decisión en este aspecto.



También deberá ser confirmada la decisión respecto de la mesada pensional equivalente a un (1) SMLMV, pues esto no fue objeto de censura, así como que la misma es por 14 mesadas pensionales, toda vez que fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011, conforme al parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

En igual sentido, se confirmará la fecha de disfrute de la pensión de vejez del demandante, pues se determinó en el 1° de febrero de 2007, luciendo ello acertado, pues si bien es cierto, en la historia laboral aportada por la pasiva no se observa la desafiliación del accionante al Sistema General de Pensiones, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en sentencia SL 607-2017 del 25 de enero de 2017, radicado 47315, ha establecido que excepcionalmente ante la falta de esa información, esta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este, como acaeció en el caso bajo estudio.

Ahora bien, respecto de la prescripción debe rememorarse que es la misma legislación la que contempla en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, que el término de prescripción de las acciones en materia laboral, como regla general, prescriben dentro de los 3 años siguientes desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Asimismo, la citada norma del CPT y de la SS y el artículo 489 del CST, establecen claramente que la interrupción del término trienal reglado procede con el simple reclamo que haga el trabajador, pero únicamente sobre un derecho debidamente determinado, con lo cual se interrumpe la prescripción por una única vez y por un tiempo igual.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia, de forma reiterada ha indicado que según el artículo 6° del C.P.T y de la S.S., mientras esté pendiente la reclamación administrativa por parte de una de las entidades de derecho público, el término de prescripción de la acción queda suspendido. Por consiguiente, no puede verse afectado el interesado por la demora o tardanza de la administración pues aquel



no puede responder por la culpa de la entidad pública quien debe obrar diligentemente y dentro de los términos de ley.

Lo anterior postura ha sido expuesta en sentencias SL 17165-2015 Radicación 62.562 del M.P. y SL2154-2019, Radicación No 71.820, en la que se señaló:

*“[...] Sobre la suspensión del término prescriptivo, mientras se agota la vía gubernativa, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 7 feb. 2012, rad. 37251, reiterada entre otras, en CSJ SL1819-2018, adoctrinó:*

*“El artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, señala como requisito de procedibilidad para las acciones contenciosas contra La Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, la previa reclamación administrativa consistente en el simple reclamo escrito del pretendiente sobre el derecho, la cual se entiende agotada cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta. Como se observa, para que se entienda la eficacia de la reclamación, la ley procesal laboral ha dispuesto dos momentos claramente diferenciables, el primero, cuando se haya decidido, es decir cuando la Administración responde la reclamación, evento que supone, si el pronunciamiento contempla la posibilidad de impugnarlo a través de los recursos de la llamada vía gubernativa, que esa decisión quede en suspenso hasta cuando tales recursos sean decididos definitivamente, instante desde el cual puede afirmarse que se ha agotado la reclamación. El segundo, que se materializa cuando transcurrido un mes desde la presentación, la reclamación no ha sido resuelta. Naturalmente, como dicha figura tiene como actor a quien pretenda el derecho, debe ser el mismo quien tenga la opción de escoger uno de los dos eventos reseñados, es decir, que puede esperar a que la Administración se pronuncie, recurrir esa decisión cuando ello sea posible y esperar que los recursos sean resueltos definitivamente, o bien esperar que transcurra el mes.*

*“Ahora, en los términos del inciso 2º del precepto instrumental reseñado, mientras esté pendiente la reclamación administrativa, el término de prescripción de la acción queda suspendido. Por tanto, si el interesado, en caso de pronunciamiento, opta por recurrirlo, no puede afirmarse que la prescripción, como uno de los modos de extinguir las obligaciones, ha seguido su curso normal, pues de acuerdo con el mandato legal, el efecto no es otro que el de su suspensión, ya que mientras estén pendientes de resolverse los medios impugnativos, no puede decirse que la reclamación administrativa está agotada. Y no puede verse afectado el interesado en esta hipótesis, por la demora o tardanza de la Administración para resolver las inconformidades interpuestas, pues obviamente no puede responder por la culpa de la entidad pública, quien debe obrar diligentemente y dentro de los términos de ley.*

Conforme lo anterior, encuentra esta Sala que, como en este caso el demandante decidió agotar la reclamación administrativa a través del recurso de reposición y en subsidio el de apelación, sobre este último el conteo del término de



prescripción se suspendió mientras estaba pendiente de ser resuelta dicha impugnación.

En ese orden, como el actor solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 12 de agosto de 2008, conforme a lo considerado en la Resolución 015762 de 2010 (Fls.12 a 13), que mediante la Resolución 015762 de 2010, la entidad le negó el derecho pensional alegado, razón por la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión (Fls.14 y 15), la cual mediante la Resolución 005580 del 2011, fue solo resuelto el recurso de reposición el 24 de febrero de 2001 (Fls.16 a 18), no como lo estimó la parte pasiva en su recurso de alzada, pues la misma resolución indicó que su competencia era solo resolver el recurso de reposición, siendo evidente que la entidad no presentó prueba de haber desatado el recurso vertical, cuando tenía la carga de hacerlo, es decir, que al momento de la presentación no existía pronunciamiento de la entidad sobre la apelación, evidencia que no alcanzó a configurarse el lapso de tres años que permitiera deducir que dicha figura se había materializado, de manera que, el retroactivo pensional debe pagarse a partir del 1° de febrero de 2007, confirmándose la decisión en este aspecto.

Frente a los intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estatuye que *«en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago»*, en otras palabras, se causan sobre el importe de la obligación que comprende todas las mesadas causadas hasta que se reconoce la prestación.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y pacífica ha precisado que el legislador contempló la procedencia de los intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas pensionales en cabeza por la entidad obligada a su reconocimiento, sin que el fallador tenga que reparar en el comportamiento de la misma, tal como lo manifestó en sentencias SL1243-2019, SL5566-2018 y SL662-2018, entre otras.

Desde este punto de vista jurídico, no comparte esta Sala lo sostenido por el recurrente al afirmar que los intereses moratorios se causan respecto a pensiones



ya reconocidas y mucho menos es viable el argumento de que la entidad ha venido resolviendo mediante los recursos impetrados a la Resolución 015762 del 26 de mayo de 2010, incluso antes de la presentación de esta demanda, por cuanto como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estos proceden es por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin ser necesario estar reconocida la prestación alegada.

Así las cosas, habrá retardo por parte de la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión, cuando presentada la solicitud de manera completa, no se dé respuesta de fondo, en el término establecido por la normatividad, que en el caso de vejez es de 4 meses.

Por otra parte, es importante resaltar que la prestación aquí alegada se reconoce con fundamento en las disposiciones contenidas en Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, respecto de la cual resulta aplicable el art. 141 de la L. 100 de 1993, según sentencia SL3136-2018 Radicación No. 54150 del 1° de agosto de 2018, en la que se refirió que *“esta Sala de la Corte ha sostenido de manera uniforme que las pensiones de vejez concedidas en atención al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con sujeción al Acuerdo 049 de 1990, deben entenderse incorporados al sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993 y que, en esa línea, resulta procedente la aplicación de los referidos intereses moratorios”*.

Es por lo anterior, se aprecia conforme las documentales aportadas que el demandante elevó reclamación administrativa el 12 de agosto de 2008, conforme a lo considerado en la Resolución 015762 de 2010 (Fl. 12), cuando ya había causado su pensión, pues ya tenía la edad requerida y sumaba más de 500 semanas en los últimos 20 años desde el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, sin olvidar que el disfrute de la pensión de vejez del demandante, se determinó en el 1° de febrero de 2007, por cuanto la última cotización efectuada por el accionante fue el 31 de enero de 2007.

Por tanto, conforme con el término perentorio establecido por el parágrafo 1° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 de 4 meses desde la fecha de la reclamación administrativa de reconocimiento de pensión de vejez, se aprecia que el mismo concluía el 12 de diciembre de 2008, y si bien la demandada dio respuesta



mediante el acto administrativo del 26 de mayo de 2010 (Fls.12 a 13), negándole la prestación pretendida, no obstante en la oportunidad debida se interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación (Fls.14 a 15) del cual la pasiva dio respuesta al recurso de reposición mediante el acto administrativo del 24 de febrero de 2011 (Fls.16 a 18) confirmando la anterior decisión. Además, que de lo analizado en las resoluciones se desprende que la negativa de la entidad obedeció al incumplimiento de sus deberes legales, por lo cual es procedente su condena como señaló el *a-quo* a partir del 13 de diciembre de 2008, luciendo así acertada tal determinación y en consecuencia, se confirmará la decisión en este aspecto.

Por las razones expuestas se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia

#### **VI.- DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral No. 1100131050 22 2017 00218 01  
Demandantes: AUGUSTO ELÍAS ROMERO CASTAÑEDA  
Demandados: LA NACION-MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA  
Y TURISMO  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a dirimir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida en audiencia del 6 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en favor de La Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, por haber sido condenada y fungir La Nación como garante.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Augusto Elías Romero Castañeda* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que fue ex trabajador de la empresa IFI – CONCESION DE SALINAS, razón por la cual que tiene derecho a que se le reconozca la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario a partir del veinte (20) de diciembre de 2017, día en el que cumplió sesenta (60) años de edad; como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión restringida de jubilación, más las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como supuesto fáctico refirió que la señora *Augusto Elías Romero Castañeda*, manifestó que se vinculó con la accionada, cuya naturaleza jurídica era la de Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante dos contratos de trabajo en calidad de trabajador oficial; que prestó servicios desde el 13 de noviembre de 1976 al 20 de septiembre de 1993, para un total de 6.156 días, esto es diecisiete (17) años, un (1) mes y seis (6) días. Que el retiro definitivo fue voluntario como se estableció en audiencia pública de conciliación del 8 de octubre de 1993. Que nació el 20 de diciembre de 1957; que el último salario promedio mensual ascendió a la suma de \$363.921,50; finalmente que la pensión restringida de jubilación debe reconocerse a partir del momento en el que cumplió 60 años de edad, pagando la diferencia a que



hubiera lugar debido a la compartibilidad con la pensión de vejez que le conceda Colpensiones.

### **1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

*La Nación - Ministerio De Comercio Industria y Turismo* se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto manifestó que no tuvo ninguna relación laboral ni legal con el demandante. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado, excepción de prescripción, compensación y buena fe y solicitud expresa de declaratoria de compartibilidad pensional, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito De Bogotá, mediante sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a partir del 20 de diciembre de 2017.

Lo anterior por cuanto consideró que, según el Decreto 2883 de 2001, la cartera de IFI – CONCESION DE SALINAS fue asumida por la entidad demandada, aunado a ello que cumplió con los requisitos del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, debido a que prestó servicios para la entidad en el término requerido y se cumplió la condición de retiro voluntario según acta de conciliación de terminación del contrato por mutuo acuerdo, por lo que determinó que le asiste el derecho a la pensión restringida de jubilación.

En cuanto al reconocimiento de la mesada adicional 14 indicó que procedía, por cuanto la pensión se causó con el retiro del servicio y el tiempo laborado, siendo la edad un requisito para la exigibilidad de la pensión, habiendo así causado la pensión antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, estimó que el pago de la pensión se daría a partir del 20 de diciembre de 2017, fecha en la cual la demandante cumplió 60 años de edad. Para establecer el monto a pagar, se tuvo en cuenta el promedio del salario del último año, esto es \$261.119,76, monto al cual se le aplicó la tasa de reemplazo acorde al tiempo de servicios que prestó, esto es 63.13%, arrojando el valor de la primera mesada pensional la suma de \$1.284.191,68, la cual condicionó al determinar que la pensión



era compartible con la que otorgara COLPENSIONES si hay lugar al reconocimiento de esta, por cuando la entidad demandada afilió al demandante al entonces ISS.

### **III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Se desatará el grado jurisdiccional de consulta por cuanto La Nación - Ministerio de Industria y Turismo, fue condenada y La Nación funge como su garante.

### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

Por pasiva se aduce que en el evento de confirmar lo atinente al reconocimiento pensional, se debe tener en cuenta lo atinente a la compartibilidad pensional, así como la prescripción de las mesadas pensionales; de igual manera, que para el ingreso base de cotización se deben excluir las acreencias laborales extralegales, y se debe autorizar el descuento de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

### **V.- CONSIDERACIONES:**

#### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales y habiéndose agotado la reclamación administrativa, la Sala determinará si hay lugar a reconocer la pensión solicitada por el promotor de la litis, esto es, la establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. De ser así, se estudiará si es procedente el reconocimiento de la mesada adicional 14.

#### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, estableció tres situaciones distintas para las pensiones proporcionales de jubilación, a saber:

*“(i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad,*

*“(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y*

*“(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad”.*



En punto de lo anterior, la Sala determinará si el actor cumplió con los requisitos de alguna de las situaciones antes mencionadas.

En el caso concreto y respecto de los tiempos de servicios, se aprecia que se probó que el accionante se vinculó a la IFI – CONCESION DE SALINAS del 13 de noviembre de 1976 al 20 de septiembre de 1993, según consta en la liquidación final de cesantías (Fl. 34), lo cual se corrobora con el acta de conciliación celebrada ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 1993 (Fls. 3-6).

Se demostró así mismo que, el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, tal y como se evidencia de la citada acta de conciliación, situación esta última asimilada a una terminación voluntaria por parte del trabajador, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, s en la sentencia SL 4617 de 2017.

Así las cosas, al haberse terminado el contrato por mutuo acuerdo, para lograr el reconocimiento de la pensión el demandante debió haber acreditado 15 años de servicios, coligiéndose que en el presente caso el actor superó tal término, pues laboró 6008 días, o 16 años, 8 meses y 8 días. Como consecuencia de lo anterior, acreditó los requisitos para que se le reconozca la pensión restringida, pues los presupuestos de causación de la pensión bajo estudio hacen referencia al tiempo de servicios y en este caso, al retiro voluntario.

Debe precisarse que, el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho, tal como lo ha precisado Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia Radicación No. 51.859 del 26 de noviembre de 2014, resultando indiferente si el cumplimiento de la edad se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues quienes se ubicaron en las hipótesis previstas por la Ley 171 de 1961, tenían un derecho adquirido que el mismo preservó.

Cabe mencionar que en sentencia SL 10.902 de 2014 la CSJ expuso:

*“[...] en reciente determinación CSJ SL 818-13 (radicado 38786) [...] se explicó que la pensión de jubilación proporcional del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por la simple afiliación que se le hiciera, de manera que si el trabajador satisfizo los requisitos de dicha normativa (15 años, y mutuo acuerdo), es decir los dejó causados, independientemente de que la edad la hubiese cumplido con posterioridad. Así se unificó el criterio, que luego fue reiterado en la providencia SL889-13 (radicación 42962)”*



Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer la pensión restringida de la Ley 171 de 1961, máxime que de acuerdo con el Decreto 2883 de 2001, medio por la cual se dispuso la liquidación de IFI – CONCESION DE SALINAS, Empresa Industrial y Comercial del Estado, se autorizó a la entidad aquí demandada a adquirir la cartera de la empresa en liquidación, por lo que La Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo será la encargada de asumir las condenas aquí impartidas.

Ahora bien, sobre la compartibilidad y compatibilidad de las pensiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la L. 90/1946 y el Ac. 224 de 1966, aprobado por el D. 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de estas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Es así que, como quiera que la pensión de la demandante se causó el 20 de septiembre de 1993, habrá de confirmarse el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de advertir que el reconocimiento de la pensión aquí estudiada será compartible con la pensión de vejez reconocida por *Colpensiones*.

Sobre este aspecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló en sentencia SL889-2020, Radicación No. 63170 del 3 de marzo de 2020:

*“2. De la compartibilidad y/o compatibilidad de la pensión sanción con la legal de vejez*

*“Frente a este punto, la Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse a través de su reiterada jurisprudencia, advirtiendo que el carácter compartible o compatible de la pensión sanción se define dependiendo de la fecha en la que esta hubiera sido causada.*

*“En el escenario en que se hubieran cumplido los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión sanción durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966, esta debía entenderse como compatible con la que en su momento concediera el empleador.*

*“[...]*

*Ahora bien, en el caso en que la pensión sanción hubiera sido causada “después del 17 de octubre de 1985, es decir, bajo la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, esta es compartida con la que en su momento adjudique el ISS, de acuerdo a los postulados de los artículos 6º de la norma ya acusada y 17 del Acuerdo 049 de 1990.*



En cuanto a la tasa de reemplazo se tiene que se estableció en primera instancia en el 63,13%, al referir que laboró 6156 días,, no obstante, la Sala encontró que laboró el actor efectivamente un total de 16 años, 8 meses y 8 días, esto es 6088 días, que corresponderían a 63.41%, monto mayor al condenado en primera instancia, por lo que se mantendrá incólume el referido por la *a-quo*, pues de lo contrario se agravaría a la accionada en beneficio de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Frente a los factores salariales, es necesario aclarar que los que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base de liquidación, corresponden a los contenidos en el art. 1 de la L. 62 y L. 33 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, tal como lo determinó la SL CSJ, en sentencia rad. 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61.023 del 27 de enero de 2016, precedente que acoge esta Sala.

En ese sentido, nuestro máximo órgano de cierre mediante sentencia SL 2427-2016, que reitera la radicado 52.399 del 17 de febrero de 2016, precisa:

*“Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L. 33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia de la SL CSJ del 10 ago. 2010 rad. 38885, reiterada recientemente en providencia SL 13192-2015.”*

Ahora bien, en el *sub-examine* se certificó el último salario promedio incluyendo los factores antes mencionados y que hayan sido devengados por el actor (Fl. 52) sí las cosas, se tomará la suma de \$261.119,76, la que una vez indexada arroja un total de 1.995.353,21 y aplicado el porcentaje de 63.13%, arroja un total de 1.259.666,48, suma inferior a la estimada en primera instancia, por lo que se modificará en este sentido la decisión, según la siguiente liquidación:

Último Salario	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de indexación	Valor Indexado
( C )			(A) última anualidad (diciembre 1992)	(B) última anualidad (diciembre 2016)	(F) = (B/A)	(C X F)
\$ 261.119,76	20/09/1993	20/12/2017	12,18511	93,11285	7,64152515	\$ 1.995.353,21



Último Salario Indexado	\$ 1.995.353,21
Porcentaje aplicado	63,13%
Valor Primera mesada	\$ 1.259.666,48

AÑO	IPC	VALOR MESADA PENSIONAL
2017	4,09%	\$ 1.259.666,48
2018	3,18%	\$ 1.311.186,84
2019		\$ 1.352.882,58

Por otra parte, tiene razón la parte demandante al solicitar que la pensión se reconozca sobre 14 mesadas anuales pues, como se dijo precedentemente, la edad en el caso de las pensiones restringidas es un requisito de exigibilidad, no de causación, por lo que la pensión en el presente caso se causó el 20 de septiembre de 1993, fecha en que culminó la relación laboral, tal y como lo precisó la SL CSJ en sentencia SL6473-2014, radicado 60.193 del 21 de mayo de 2014, en la que expuso: *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, de tal forma que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”*

Además, de la simple lectura del párrafo transitorio 6 del A.L. 01/2005, se aprecia que se exige que la pensión se cause antes del 31 de julio de 2011, no que se haga exigible antes de dicha data, al indicar: *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”*.

Por tanto, habrá de condenarse al reconocimiento y pago de la pensión con base en los argumentos expuestos.

Debe aclararse que las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, en la medida que la fecha de exigibilidad de la pensión es el 20 de diciembre de 2017 y la demanda fue radicada el 30 de mayo de 2017, sin que por ende se supere el término del artículo 151 del CPTSS.

Finalmente, la indexación se torna procedente, como dijo la *a-quo*, en la medida que es claro que ante la existencia del fenómeno inflacionario el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir el demandante desde el momento de su causación,



ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Frente al tema de la indexación, la SL CSJ en sentencia SL 11912 de 2017 dijo que:

*“[...]se trata de reconocer al beneficiario de una condena la pérdida de poder adquisitivo que experimenta el dinero en una economía inflacionaria como la nuestra, aspecto este último que reviste las características del hecho notorio, de manera que lo que se busca con tal instrumento es que el acreedor de la prestación no reciba tan sólo las especies a que nominalmente tenía derecho en un momento dado (su valor extrínseco), apocadas en su valor intrínseco por el paso del tiempo, sino que cuando las reciba conserven el mismo potencial económico que tenían para la época en la que debieron ser pagadas, esto es, conservado su poder de compra en el mercado (su valor intrínseco), por donde es obvio que con la indexación, en modo alguno, se sanciona al deudor de una determinada obligación de pagar sumas de dinero, porque con ella tan sólo se busca asegurar la el equilibrio económico de las prestaciones en mercados con tendencia inflacionaria.”*

Así las cosas, se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto al monto de la mesada, y en el sentido de advertir que, en caso de reconocimiento de pensión de vejez por parte de Colpensiones, corresponderá a la UGPP pagar el mayor valor que resulte, si lo hubiere.

Finalmente, y respecto de la condena en costas, debe recordar la Sala que se emitió condena a la parte vencida en el proceso, por lo cual se confirmará dicho aspecto. **SIN COSTAS** en esta instancia.

## **VI.- DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero** de la sentencia del 6 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que la pensión aquí



estudiada y reconocida es compartible con la eventualmente otorgada por Colpensiones, de conformidad en lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de tener como mesadas pensionales para la pensión restringida reconocida las siguientes:

AÑO	IPC	VALOR MESADA PENSIONAL
2017	4,09%	\$1.259.666,48
2018	3,18%	\$1.311.186,84
2019		\$1.352.882,58

Debiendo la demandada reconocer el mayor valor entre esta y la mesada pensional que llegare a pagar Colpensiones y las que se sigan generando, debidamente indexadas, por lo antes estudiado.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia bajo estudio.

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral No. 1100131050 22 2017 00222 01  
Demandantes: MARÍA ADÍELA ARIAS MENA  
Demandados: UGPP  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**SENTENCIA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia proferida en audiencia del 3 de julio de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá. Igualmente, dirimir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, por haber sido condenada y fungir La Nación como su garante.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *María Adíela Arias Mena* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que mantuvo una relación laboral con la Caja Agraria por más de quince años, mediante contrato individual de trabajo a término fijo y posteriormente a término indefinido; que las partes, en audiencia especial de conciliación, resolvieron de manera libre y voluntaria dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991; que la pensión solicitada y la pensión de vejez ya reconocida por Colpensiones, son compatibles.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia condenar a la *UGPP* a reconocer y pagar la pensión legal proporcional, actualizando debidamente el último salario promedio devengado, como también el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, los aumentos legales respectivos, montos debidamente indexados.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como supuesto fáctico refirió que prestó sus servicios personales a la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato individual de trabajo escrito a término indefinido desde el 22 de enero de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991; que en audiencia pública de conciliación resolvieron de manera libre y



voluntaria, dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991. Que prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, durante el tiempo de 16 años, 9 meses y 23 días, en el cargo de auxiliar de contabilidad grado 3 en Villavicencio – Meta; que el último salario promedio devengado por la demandante fue de \$181.280; que nació el 20 de agosto de 1956, por lo tanto, cumplió 60 años de edad del 20 de agosto de 2016.

Anudado a ello indicó que Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 20 de agosto de 2011, en cuantía inicial de \$737.438, la cual es inferior al valor de la pensión proporcional que le puede corresponder, y que la pensión de vejez fue pagada a partir del 20 de agosto de 2011. Finalmente, que presentó reclamación administrativa mediante escrito dirigido a la UGPP con Radicado No. 2014-514-236534-2.

### **1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:**

*La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto la parte demandante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y no es posible reconocerla debido a que la demandante cumplió los 60 años de edad después del 1° de abril de 1994, y el derecho a la pensión por retiro voluntario tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y pago de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, sobre la indexación, no pago de los intereses moratoria, genérica.*

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a cargo de la UGPP a partir del año 2016 la cual es compatible con la reconocida por Colpensiones.

Lo anterior por cuanto consideró que, la demandante cumplió con los requisitos del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, debido a que prestó servicios para la Caja Agraria días durante 16 años, 9 meses y 23 días, y se demostró la condición de retiro voluntario, por lo anterior determinó que le asiste el derecho a la pensión restringida de jubilación.



Finalmente, estimó que el pago de la pensión se daría a partir del 20 de agosto de 2016, fecha en la cual la demandante cumplió 60 años de edad. Para establecer el monto a pagar, tuvo en cuenta el salario base devengado por la actora en el último año de servicios, más la prima de antigüedad, esto es \$128.583, monto al cual se le aplicó la tasa de reemplazo acorde al tiempo de servicios que prestó, esto es, 63.28%, arrojando el valor de la primera mesada pensional en la suma de \$936.452, y en tanto Colpensiones reconoció pensión de vejez a partir del 20 de agosto de 2011, la pensiones son compartidas, motivo por el cual la entidad demandada tendrá a cargo pagar el mayor valor existente entre la pensión de vejez y la ordenada.

En cuanto al reconocimiento de la mesada adicional 14 indicó que procedía, por cuanto la pensión se causó con el retiro del servicio y el tiempo laborado, siendo la edad un requisito para la exigibilidad de la pensión, habiendo así causado la pensión antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en cuenta que Colpensiones ya venía pagando la mesada 13, por lo tanto, a la UGPP le corresponderá el pago de la mesada 14 desde el momento en el que la demandante cumplió la edad.

En cuanto a la prescripción estableció que el derecho se hizo exigible al cumplir los 60 años de edad, esto es el 20 de agosto de 2016, y al realizar la solicitud de la pensión el 13 de agosto de 2014, y presentar la demanda el 6 de abril de 2017, se interrumpió la prescripción.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandante* manifestó no estar de acuerdo con el monto de la primera mesada pensional e indicó que por principio de favorabilidad se debería aplicar todas las normas vigentes para la época de causación del derecho pensional, por lo que solicitó que se determine como valor de la primera mesada pensional el valor de \$1'232.330.

Inconforme con la decisión la *UGPP* manifestó estar inconforme con la decisión debido a que consideró que en el momento en que la demandante cumplió los 60 años de edad, no estaba vigente la norma con la que pretendía pensionarse, pues a partir del 1° de abril de 1994, entro en vigencia el artículo 133 de la ley 100 de 1993, el cual no contempla el retiro voluntario.



#### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Por activa se refirió que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, sin aducir nuevos argumentos. Por su parte, la accionada señaló que, para acceder a la pensión, el retiro del servicio debe operar antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual no acontece en el plenario, aunado a ello que la prestación pretendida, es incompatible con la pensión de vejez que le fuera reconocida.

#### **V.- CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales y habiéndose agotado la reclamación administrativa, la Sala determinará si hay lugar a reconocer la pensión solicitada por la promotora de la Litis, esto es, la establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961. De ser así, se estudiará si es procedente el reconocimiento de la mesada adicional 14 y finalmente, si procede la condena en costas impuesta en sede de primera instancia.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Conforme lo ha determinado la SL CSJ<sup>1</sup>, el art. 8 de la L.171 de 1961 estableció tres situaciones distintas para las pensiones proporcionales de jubilación, a saber:

*“(i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad,*

*“(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y*

*“(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad.*

En punto de lo anterior, la Sala determinará si la actora cumplió con los requisitos de alguna de las situaciones antes mencionadas.

En el caso concreto y respecto de los tiempos de servicios, se aprecia que se probó que el accionante se vinculó a la *Caja De Crédito Agrario, Industrial y Minero* del 22 de enero de 1975 al 15 de noviembre de 1991, según consta en el certificado laboral expedido por el *Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural* el 15 de marzo de 2017

<sup>1</sup> Sentencia 37312 del 3 de febrero de 2010.



(Fls. 5 y 6), a su vez se acredita con el acta de conciliación celebrada ante la *Inspección Nacional del Trabajo y Seguridad Social del Meta*, del 8 de noviembre de 1991 (Fl. 6) y la liquidación final de cesantías (Fl. 7).

Se demostró de igual manera, que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, tal y como se evidencia de la citada acta de conciliación, situación esta última asimilada a una terminación voluntaria por parte del trabajador, conforme lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 4617 de 2017.

Así las cosas, al haberse terminado el contrato por mutuo acuerdo, para lograr el reconocimiento de la pensión la demandante debió haber acreditado 15 años de servicios, coligiéndose que en el presente caso la actora superó tal término, pues laboró 6053 días, o 16 años, 9 meses y 23 días. Como consecuencia de lo anterior, acreditó los requisitos para que se le reconozca la pensión restringida, pues los presupuestos de causación de la pensión bajo estudio hacen referencia al tiempo de servicios y en este caso, al retiro voluntario.

Debe precisarse que, el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia Radicación No. 51.859 del 26 de noviembre de 2014, contrario a lo estimado por el apoderado de la demandada, resultando indiferente si el cumplimiento de la edad se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues quienes se ubicaron en las hipótesis previstas por la L. 171 de 1961, tenían un derecho adquirido que el mismo preservó.

Cabe mencionar que en sentencia Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 10.902 de 2014, expuso:

*"[...] en reciente determinación CSJ SL 818-13 (radicado 38786) [...] se explicó que la pensión de jubilación proporcional del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por la simple afiliación que se le hiciera, de manera que si el trabajador satisfizo los requisitos de dicha normativa (15 años, y mutuo acuerdo), es decir los dejó causados, independientemente de que la edad la hubiese cumplido con posterioridad. Así se unificó el criterio, que luego fue reiterado en la providencia SL889-13 (radicación 42962)"*

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer la pensión restringida de la L. 171 de 1961, sin que prosperen los argumentos de la alzada en lo antes estudiado.



Ahora bien, sobre la compartibilidad y compatibilidad de las pensiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la L. 90/1946 y el Ac. 224 de 1966, aprobado por el D. 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de estas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Es así que, como quiera que la pensión de la demandante se causó el 16 de noviembre de 1991, habrá de modificarse el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de advertir que el reconocimiento de la pensión aquí estudiada será compartible con la pensión de vejez reconocida por *Colpensiones* y no compatible como allí quedó registrado.

Sobre este aspecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló en sentencia SL889-2020, Radicación No. 63170 del 3 de marzo de 2020:

*“2. De la compartibilidad y/o compatibilidad de la pensión sanción con la legal de vejez*

*“Frente a este punto, la Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse a través de su reiterada jurisprudencia, advirtiendo que el carácter compartible o compatible de la pensión sanción se define dependiendo de la fecha en la que esta hubiera sido causada.*

*“En el escenario en que se hubieran cumplido los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión sanción durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966, esta debía entenderse como compatible con la que en su momento concediera el empleador.*

*“[...]*

*Ahora bien, en el caso en que la pensión sanción hubiera sido causada “después del 17 de octubre de 1985, es decir, bajo la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, esta es compartida con la que en su momento adjudique el ISS, de acuerdo a los postulados de los artículos 6º de la norma ya acusada y 17 del Acuerdo 049 de 1990.*

En cuanto a la tasa de reemplazo se aprecia que conforme a lo dispuesto en el artículo 8º de la referida Ley, la aplicable es el 63,05%, toda vez que como se dijo precedentemente, esta Sala encontró que laboró efectivamente un total de 16 años, 9 meses y 23 días, habiendo entonces un total de 6.053 días. No obstante, en sede de primera instancia, se otorgó el 63,28%, motivo por el cual se medicará la sentencia de primer grado en este aspecto, según la siguiente liquidación:



AÑO	IPC	VALOR MESADA PENSIONAL
2016	5,75%	\$ 933.048
2017	4,09%	\$ 986.698
2018	3,18%	\$ 1.027.054
2019		\$ 1.059.714

En este punto es necesario aclarar que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base de liquidación, corresponden a los contenidos en el art. 1 de la L. 62 y L. 33 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, tal como lo determinó la SL CSJ, en sentencia rad. 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61.023 del 27 de enero de 2016<sup>2</sup>, precedente que acoge esta Sala.

En ese sentido, nuestro máximo órgano de cierre mediante sentencia SL 2427-2016, que reitera la radicado 52.399 del 17 de febrero de 2016, precisa:

*“Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L. 33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia de la SL CSJ del 10 ago. 2010 rad. 38885, reiterada recientemente en providencia SL 13192-2015.”*

Verificada la norma a aplicarse al presente caso, tan solo deben tomarse para efecto del cálculo de la primera mesada pensional, el valor correspondiente al sueldo básico y la prima de antigüedad.

Además, se debe clarificar que frente a la prima de antigüedad, la SL CSJ señaló que de ese concepto solo debía tenerse en cuenta una 60ava parte, atendiendo su criterio plasmado en sentencia SL 17066 de 2014, en la que precisó que tal valor no debía tomarse de manera total, sino que debía promediarse por la sesentava parte, en la medida que corresponde a un quinquenio que se paga una vez al año y no es una suma fija mensual. Así las cosas, se tomará como factores salariales la suma de \$128.538, los cuales fueron los estimados por el *a-quo*, por lo que no hay lugar a modificar la decisión como lo pretende el apelante.

<sup>2</sup> Sentencias con radicados 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61023 del 27 de enero de 2016, sin olvidar que en similar sentido a través del radicado 62723 del 23 de septiembre de 2015, también se pronunció.



Por otra parte, tiene razón la parte demandante al solicitar que la pensión se reconozca sobre 14 mesadas anuales pues, como se dijo precedentemente, la edad en el caso de las pensiones restringidas es un requisito de exigibilidad, no de causación, por lo que la pensión en el presente caso se causó el 15 de noviembre de 1991, fecha en que culminó la relación laboral, tal y como lo precisó la SL CSJ en sentencia SL6473-2014, radicado 60.193 del 21 de mayo de 2014, en la que expuso: *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, de tal forma que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”*

Además, de la simple lectura del párrafo transitorio 6 del A.L. 01/2005, se aprecia que se exige que la pensión se cause antes del 31 de julio de 2011, no que se haga exigible antes de dicha data, al indicar: *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”*.

Por tanto, habrá de condenarse al reconocimiento y pago de la pensión con base en los argumentos expuestos.

Debe aclararse que las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, en la medida que la fecha de exigibilidad de la pensión es el 20 de agosto de 2016, cuando cumplió 60 años de edad, y la demanda se radicó el 6 de abril de 2017, por lo que no se superó el término del artículo 151 del CPTSS.

Finalmente se acota que la indexación se torna procedente, como dijo el *a-quo*, en la medida que es claro que ante la existencia del fenómeno inflacionario el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir el demandante desde el momento de su causación, ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Frente al tema de la indexación, la SL CSJ en sentencia SL 11912 de 2017 dijo que:

*“[...]se trata de reconocer al beneficiario de una condena la pérdida de poder adquisitivo que experimenta el dinero en una economía inflacionaria como la nuestra, aspecto este último que reviste las características del hecho notorio, de*



*manera que lo que se busca con tal instrumento es que el acreedor de la prestación no reciba tan sólo las especies a que nominalmente tenía derecho en un momento dado (su valor extrínseco), apocadas en su valor intrínseco por el paso del tiempo, sino que cuando las reciba conserven el mismo potencial económico que tenían para la época en la que debieron ser pagadas, esto es, conservado su poder de compra en el mercado (su valor intrínseco), por donde es obvio que con la indexación, en modo alguno, se sanciona al deudor de una determinada obligación de pagar sumas de dinero, porque con ella tan sólo se busca asegurar la el equilibrio económico de las prestaciones en mercados con tendencia inflacionaria.”*

Así las cosas, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto a la tasa de reemplazo y los montos de las diferencias de las mesadas pensionales. **SIN COSTAS** en esta instancia.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero** de la sentencia del tres (3) de septiembre del 2019, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que la pensión aquí estudiada y reconocida es compatible con la otorgada por Colpensiones, de conformidad en lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia primigenia, en el sentido de tener como mesadas pensionales para la pensión restringida reconocida las siguientes:

<b>AÑO</b>	<b>VALOR MESADA PENSIONAL</b>
2016	\$ 933.048
2017	\$ 986.698
2018	\$ 1.027.054
2019	\$ 1.059.714

Debiendo la demandada reconocer el mayor valor entre esta y la mesada pensional pagada por Colpensiones y las que se sigan generando, debidamente indexadas, por lo antes estudiado.



**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia bajo estudio.

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 22 2017 00581 01  
Demandante:                        LUIS FELIPE JIMÉNEZ VÁSQUEZ  
Demandado:                         ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
   COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:**        **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por *Provenir S.A.* y *Colpensiones*, contra la sentencia proferida el 23 de abril de 2019, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, así como dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Luis Felipe Jiménez Vásquez* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por *Porvenir S.A.* y acaecida en el mes de enero de 2009, por incumplimiento del deber de información, así como las posteriores afiliaciones posteriores; y se declare válida la afiliación al Régimen de Prima Media administrado por *Colpensiones*.

En consecuencia, se condene a *Porvenir S.A.* a trasladar la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos que por ellos se hayan generado; se condene a *Colpensiones* a activar su afiliación, actualizar en su historia laboral las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más las condenas *ultra y extra petita*.



## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 27 de mayo de 1963; que cotizó al Sistema General de Pensiones de manera interrumpida desde el 25 de enero del 1982 al 31 de julio de 2017; que en enero del 2009 se afilió a la *AFP Porvenir S.A* acumulando una densidad de 264 semanas; que la AFP accionada no le informó sobre las implicaciones, ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional, que la naturaleza de dicho régimen es de capitalización, ni se le ilustró sobre los distintos escenarios comparativos en cada régimen pensional, además de no advertirle que el año 2015 era el término máximo para trasladarse de régimen pensional. Finalmente, refirió que presentó derecho petición a las demandadas solicitando el traslado y la nulidad de la afiliación, los que fueron respondidos de manera negativa.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones*, operó la *litis contestatio*, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que el actor no cumplió con los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo, establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, y tampoco es beneficiario del régimen de transición; que la afiliación efectuada por el accionante a *Porvenir S.A* es válida y se encuentra vigente al haberse trasladado de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones de constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica.

Por su parte, la *AFP Porvenir S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la afiliación del actor se efectuó con el lleno de los requisitos legales, siguiendo las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera; que el accionante no acreditó dentro del plenario prueba sumaria que demuestre que existió algún vicio del consentimiento, *a contrario sensu*, la información que le fue suministrada era precisa, detallada comprensible y oportuna a fin de que el afiliado tuviese la posibilidad de reclamar la protección



de sus derechos en tiempo, por lo que no existen fundamentos de hecho ni de derecho para deprecar al ineficacia del traslado.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, debida asesoría del Fondo y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 23 de abril de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 20 de enero de 2009; y en consecuencia ordenó a *Porvenir S.A* trasladar a *Colpensiones* los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historio pensional.

Lo anterior por cuanto consideró que, al demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al no existir una manifestación libre y voluntaria sobre la incidencia y los efectos que puede tener el traslado de régimen, ello en tanto la AFP accionada debió acreditar la información que se brindó al actor al momento del traslado de régimen, sin que el actor en el interrogatorio de parte haya confesado lo contrario.

Agregó que la suscripción del formulario de afiliación efectuado por el accionante no es concluyente del haber brindado una información adecuada y veraz, conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto el referido traslado de régimen presenta igual suerte al derecho pensional, pues es este el que determina a quien le es aplicable su reconocimiento.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**



*Colpensiones* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que no es procedente la ineficacia de la afiliación del actor a *Porvenir S.A.*, en la medida en que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues al momento de la radicación de la solicitud ya había cumplido 52 años de edad.

Por su parte, la *AFP Porvenir S.A.* interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el *a-quo*, al señalar que de conformidad con el material probatorio obrante en el plenario, la manifestación del actor de trasladarse de régimen fue libre y espontánea, situación que podía estar impresa en el formulario de afiliación; que para la época del traslado los asesores no tenían la obligatoriedad de dejar por escrito la información que se brindaba a los afiliados; que las afirmaciones efectuadas al respecto en los hechos de la demanda no fueron acreditadas de forma alguna; que el actor presentaba igualdad de condiciones con los demás usuarios por no ser beneficiario del régimen de transición; y, que no existen elementos de juicio que permiten establecer un error como vicio del consentimiento de la asesoría prestada.

Teniendo en cuenta que la sentencia fue desfavorable a la parte demandada *Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones*, y que La Nación funge como su garante, es menester desatar el grado jurisdiccional de consulta.

#### **IV. ALEGATOS:**

*Colpensiones*, dentro de la oportunidad procesal pertinente, refirió que en el expediente no obra prueba que acredite que al actor se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP accionada, como tampoco se evidencia solicitud de protesto ni manifestación de retracto en la oportunidad pertinente, razón por la cual el traslado efectuado tiene plena validez. En igual sentido, indicó que el promotor de juicio se encuentra inmerso en la prohibición de trasladarse al faltarle menos de 10 años para pensionarse, siendo de esta manera el reconocimiento pensional a cargo de la AFP; manifiesta que no es beneficiario del régimen de transición, por lo que no puede retornar al Régimen de Prima Media en cualquier momento; y finalmente que la nulidad alegada fue saneada al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato de afiliación al dar su



consentimiento de que se le hagan los descuentos efectivos con destino al ahorro individual.

Por activa se señaló que la afiliación es nula como consecuencia de la falta de asesoría previa, teniendo en cuenta que el deber de información está dispuesto desde los años 1993 y 1994 en los decretos 663 y 656, causando un error de hecho, como vicio del consentimiento; finalmente respecto a la carga de la prueba, conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha establecido que la misma se encuentra a cargo de la AFP, en razón al tipo de responsabilidad que poseen las Administradoras de Pensiones quienes cuentan con conocimiento profesional y técnico en materia pensional.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 20 de enero de 2009 (Fls. 28 y 147), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, máxime que en el interrogatorio rendido por el representante legal de la *AFP Porvenir S.A.*, se adujo que no tuvo conocimiento que se la haya brindado al actor una información adicional, pues solo reposa en el registro el formulario de afiliación de la accionante; que para dicho año de la afiliación no era necesario documental que acredite la asesoría prestada, y por tanto no existe ningún registro de proyección, pues aquellas se efectuaba previa solicitud por parte del afiliado. En ese orden de ideas, la accionada no acreditó el cabal cumplimiento del deber de información.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación frente a la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional al faltarle menos de 10 años para acceder al reconocimiento pensional, lo cierto es que para la Sala no es de recibo el argumento esgrimido en este aspecto al no ser relevante en esta instancia, en la medida en que el promotor del Juicio lo que alega es una falta del deber de información, siendo como consecuencia de su violación el que dicha afiliación sea ineficaz, del tal suerte que al declararla se considera que la misma no existió y que su única afiliación válida es la efectuada al Régimen de Prima Media, administrado por *Colpensiones*.

Por otra parte, frente a la alegada convalidación de la ineficacia, sustentada en el hecho de haber permanecido afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o en no haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, basta con señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838, del 8 de mayo de 2019, señaló: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”.*



Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI. 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;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de abril de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral                    1100131050 23 2019 00381 01  
Demandante:                                    GERMAN ANTONIO CUARTAS ROMERO  
Demandado:                                    AVIZOR SEGURIDAD LTDA.  
**Magistrado Ponente:**                    **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de noviembre de 2019.

**1.- ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *German Antonio Cuartas Romero* formuló demanda ordinaria laboral, a fin que se declare que su despido fue ilegal cuando tenía estabilidad laboral reforzada y como consecuencia de ello se le reintegre al cargo que desempeñaba como guarda de seguridad, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir, debidamente indexados, además de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el 4 de mayo de 2012 la JRCI determinó que tenía una enfermedad profesional con evolución de 4 años, esto es, hipoacusia neurosensorial severa. Que, pese a ello el 11 de agosto de 2017 suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con Seguridad Superior, por el que devengó una suma mensual del \$1.050.000. Que por empalme que hiciera su empleador con la empresa demandada, empezó a laborar para esta última desde el 1° de mayo de 2018. Que resultó no apto para la tenencia y porte



de armas, conforme examen que le hiciera la IPS Salud Integral abana S.A.S. el 8 de junio de 2018.

Que el 2 de agosto de 2018 la demandada lo preavisó de la terminación de su relación laboral. Indicó que el 25 de septiembre de 2018 elevó derecho de petición a su empleador a efectos de que se le entregara copia de su contrato, junto con la certificación laboral, recordándole que no se le realizó el examen de egreso. Que por tutela de segunda instancia del 8 de febrero de 2019, le fue amparado su derecho a la estabilidad laboral reforzada, entre otros, sin que dicha decisión fuera acatada. Finalmente informó que se encuentra en tratamiento por ARL, por lo que se encuentra en trámite de calificación de PCL.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Por auto del 23 de octubre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda (Fl. 48).

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de noviembre de 2019 absolvió a la demandada de todas las pretensiones. Para llegar a esa conclusión, el *a-quo* determinó que no se cumplieron los presupuestos legales, ni jurisprudenciales para acoger las pretensiones de la parte actora, pues no se acreditó que al momento del despido tuviera una PCL moderada, severa o profunda, lo cual no se acredita con el examen allegado ni con el dictamen presentado, con lo cual solo se determinó el origen de la enfermedad.

## **III.- APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte *actora* la apeló, señalando que en el presente caso el actor se encuentra protegido por una estabilidad laboral reforzada por estar en trámite su calificación de PCL, como lo ha dicho la CSJ SL y por otro lado la carga de la prueba se le puede trasladar a la pasiva quien no contestó la demanda, ni acreditó que el actor estuviera en algún tratamiento. Resaltó que la finalización del contrato se dio luego de la pérdida del examen ocupacional practicado.

## **IV. ALEGATOS:**



No se presentaron alegatos en el término conferido para tal efecto.

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde en esta instancia resolver si la terminación del contrato de trabajo es ineficaz por desconocer la prohibición contenida en la Ley 361 de 1997, y de ser así, si es procedente el reintegro.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Para desatar el objeto de la controversia, se debe acotar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estipula que 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, normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

Ahora, sobre el alcance de la garantía, la CSJ SCL en sentencia SL1360 de 2018, señaló:

*“[...] Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera...*

*“...a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada”.*

De igual manera, en la citada providencia la CSJ SCL, concluyó que:



*"[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada".*

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la SL CSJ en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

*"Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.*

Criterio que se mantiene vigente en sentencias SL5181 de 2019 y SL 635 de 2020, última en la que se dijo:

*"Además de lo anterior, no sobra recordar que la prohibición contenida en la norma en comento que era la vigente para cuando se propuso la desvinculación del actor de su empleo, no opera frente a cualquier tipo de afectación de la salud o de discapacidad, pues conforme al artículo 1º de la Ley 361 de 1997, dicho estatuto normativo se dirige a la protección de aquellas personas en situación de discapacidad severa y profunda, de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo."*

Finalmente, no debe soslayarse que la SL CSJ en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

*"No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado*



*por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.*

*[...]*

*“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:*

*“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.*

*“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.*

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia T-041 de 2019, señaló sobre este aspecto:

*“En suma, el trabajador que pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad laboral tiene derecho a no ser despedido y a ser reubicado en tareas acordes a sus capacidades, habilidades y competencias. En caso contrario, se presume que la desvinculación tuvo como fundamento la condición de discapacidad, y la misma se torna ineficaz.*

*“Dicha regla debe ser aplicada por el juez constitucional de encontrar acreditados los siguientes supuestos: (i) el trabajador presente padecimientos de salud que involucren una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones; (ii) el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido; (iii) no exista autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido; y (iv) el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio”.*



De los criterios jurisprudenciales antes esbozados, se tiene que por activa se debe demostrar que para la fecha del despido o de la ruptura del vínculo laboral, en criterio tanto de la SL CSJ como de la Corte Constitucional, que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, discapacidad entendida como pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, sin que para acreditar tal situación, se requiera una prueba solemne de pérdida de la capacidad laboral emitida por la entidad competente para calificar tal situación y además que se logre advertir que su desvinculación fue con ocasión a su limitación.

Pues bien, en el plenario obra un Dictamen proferido por la JRCI del 4 de mayo de 2012, en donde se le diagnosticó al actor hipoacusia neurosensorial bilateral de origen profesional, con fecha de estructuración del 2 de noviembre de 2008 (Fls. 11 a 14), decisión realizada años atrás de la génesis de la relación laboral que mediaba entre las partes, toda vez que conforme certificación de folio 16, esta inició el 1° de mayo de 2018 y culminó el 31 de agosto de esta misma anualidad, sin que se advierta que se le notificara al empleador del referido diagnóstico.

Ahora, a folios 17 y 18 se adoso un certificado médico de aptitud psicofísica para la tenencia de porte de armas de fuego del 8 de junio de 2018, el cual fue solicitado por la demandada, en el que salió no apto. No obstante, aunque en su interrogatorio de parte se indicó que este fue el motivo de su desvinculación, ello no se acreditó, pues conforme al preaviso visto a folio 19, la terminación de la relación laboral se dio por el vencimiento del término pactado.

Además, aunque ciertamente tanto el actor, como su apoderado refieren que se encuentra en proceso la calificación de la PCL no se encuentra probado, pues solo se allegó un control audiológico del 18 de septiembre de 2018, fecha posterior a la terminación de la relación laboral, estando en mejor posición para probar su dicho la parte actora, por lo que no se le puede trasladar la carga a la pasiva, como lo solicitó el recurrente, pues además, conforme con el artículo 167 del CGP "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", siendo insuficientes las pruebas allegadas para lograr su cometido y en ese sentido se deberá confirmar la decisión objeto de censura.

**SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.



**VI.- DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 18 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado  
*Con salvamento de voto*

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral                    1100131050 24 2017 00063 02  
Demandantes:                        LUZ AIDA MINGÁN MORENO  
Demandado:                            SALUD TOTAL S.A. E.P.S.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia del 27 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Luz Aida Mingan Moreno*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad *Salud Total EPS S.A.*, para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de noviembre del 2010 hasta el 22 de junio de 2016, el cual fue terminado unilateralmente por el empleador sin justa causa y sin los requisitos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al encontrarse en estado de debilidad manifiesta por padecer afecciones en su salud.

En consecuencia, se condene a la sociedad demandada al reintegro definitivo en su puesto de trabajo o a uno igual o mejor categoría, sin solución de continuidad, de conformidad con su estado de salud. Asimismo, al pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la indemnización por daños morales estimados en un valor de \$5.000.000 con ocasión al despido discriminatorio. Que se advierta a la sociedad que no podrá despedirla hasta tanto no se configure una causal objetiva y medie autorización por la respectiva autoridad laboral, al pago de las costas y agencias en derecho y las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**



Fundó sus pretensiones en que el 1° de noviembre de 2010 ingresó a laborar al servicio de la demandada desempeñándose en el cargo de Auxiliar de Salud I de lunes a viernes en jornada laboral de 7:00 am a 5:00 pm; que el 3 de octubre del 2011 fue diagnosticada con Tenosinovitis de Flexo extensores de Muñeca Bilateral-Epicondilitis Media Bilateral – Epicondilitis Bilateral, enfermedades calificadas de origen laboral. Que posteriormente fue diagnosticada con Bursitis de Hombro Derecho- y Cervicalgia calificadas como enfermedades de origen común, las cuales fueron confirmadas el 18 de junio de 2013 mediante valoración médica realizada por EPS Salud Total.

Señaló que el 1° de abril del 2013, mediante valoración médica realizada por la sociedad demandada, se adicionó al diagnóstico Fibromialgia como una Artritis Reumatoide, la cual es progresiva e irreversible y que genera dependencia a medicamentos como Aines y Tramadol que producen trastornos de sueño; que en noviembre de la misma anualidad le fueron autorizados medicamentos NO POS por trastorno mixto de ansiedad y depresión.

Además, indicó que bajo recomendaciones laborales que fueron otorgadas en enero de 2014, fue ascendida al cargo de Analista de Salud II en el mes de mayo. Que para enero de 2015 empezó a sufrir de convulsiones en jornadas laborales, diagnosticadas como ataques epilépticos, por lo que fue remitida a Neurología, en donde le ordenaron Carbamazepina 200 mg, medicamento que genera efectos secundarios como somnolencia, mareos, inestabilidad y ansiedad entre otros; posteriormente sufrió nuevamente convulsiones y fue remitida a la Clínica Retornar S.A.; el 5 de mayo de 2016 fue valorada por medicina laboral a través de la IPS Reqpera en el cual se confirmó el diagnóstico, el mismo día la demandada inició proceso disciplinario en su contra, argumentando que había incurrido en las faltas de *“I. Presentar desorden en la documentación, II. Que tomaba siesta o dormía en su puesto de trabajo durante la jornada laboral y III. El incumplimiento en su horario laboral”* a lo que en diligencia de descargos rendida el 18 de mayo de 2016 manifestó que ello era consecuencia de su condición de salud.

Indicó que estuvo incapacitada desde el 13 de junio de 2016 hasta el 22 del mismo mes y año, fue hospitalizada el 20 de junio de 2016 en donde le ordenaron exámenes de alta complejidad como Monitorización Electroencefalográfica entre otras, no obstante la demandada dio por terminada de manera unilateral la relación laboral, desconociendo su estado de debilidad manifiesta y sin



autorización del Ministerio del Trabajo; señaló que su empleador nunca acondicionó sus actividades laborales conforme a su condición de salud, pese a que en varias oportunidades informó la imposibilidad de realizar sus obligaciones.

Por lo anterior, presentó acción de tutela para que se garantizaran sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad, la seguridad social, el trabajo, mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada, siendo tutelados por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá el 31 de agosto de 2016, ordenando el reintegro y el pago de salarios dejados de percibir, fallo que fue impugnado por la accionada el cual fue confirmado el 25 de octubre de 2016 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá. Por último, señaló que conforme al fallo constitucional fue reintegrada a sus labores bajo un horario más acorde con su situación; que el último salario asignado fue por un valor de \$1.381.300, que como consecuencia de las enfermedades que padece y del despido desconsiderado padece de un cuadro de ansiedad y depresión significativo, por lo que se encuentra en valoración médica por especialistas tales como neurología, psiquiatría y reumatología para el tratamiento de sus enfermedades.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La sociedad *Salud Total S.A. EPS*, operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, señalando inicialmente que es cierto que el 1º de noviembre de 2010, la demandante inició a laborar al servicio de la demandada, en un horario de lunes a viernes de 7:00 am a 5:00 pm, ocupando el cargo de Auxiliar de Salud I; que en el mes de mayo de 2014, la accionante fue ascendida en el cargo de Analista de Salud II, siendo su último salario devengado de \$1'381.300; de igual manera que el 19 de agosto de 2016, la actora presentó acción de tutela, impugnando su decisión; que la demandada reintegró a la promotora de la litis a sus labores en un horario de lunes a viernes de 8:00 am a 6:00 pm; que no le consta lo relativo al diagnóstico, tratamiento y conducta adoptada por los médicos tratantes, ni los supuestos trastornos del sueño de la accionante, por cuanto es una información que está sujeta a reserva de las IPS por medio del registro obligatorio de la historia clínica; y que no se evidencia que la demandante sea sujeto de especial protección puesto que no existe calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Que no es cierto, que la demandante sea sujeto de especial protección al existir una valoración de medicina laboral expedida por la entidad



demandada, debido a que aquella se realizó en calidad de EPS y no como empleador.

Además, alegó que no es cierto, que sea la primera vez que la accionante se le haya realizado un proceso disciplinario por cuanto que en reiteradas ocasiones incumplió con sus deberes y obligaciones establecidas en el artículo 58 y 6° del CST, como también las establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo, motivo por el cual fue llamada a descargos los meses de febrero, mayo y agosto de 2014, como también septiembre y diciembre de 2015, debido al incumplimiento de sus deberes y funciones con ocasión del requerimiento de documentación por parte de los entes de control los cuales no fueron allegados en la oportunidad debida, y al reiterado cumplimiento del horario de trabajo; igualmente, no se demostró en los descargos realizados a la actora que la situación de salud catalogara una incompatibilidad con los deberes y obligaciones, y muchos menos con el desorden documental, las llegadas tardes y la siestas en el horario de trabajo.

Relató que, en el caso particular, no existe prueba científica que califique a la actora dentro de los grados de limitación moderada, severa y profunda como establece la Ley y la Jurisprudencia laboral; que no existe prueba de conocimiento a su cargo de dicha limitación debido a que la misma no existe; y que la terminación del contrato de trabajo se dio por una causal objetiva donde se le respetó a la accionante el debido proceso al presentar sus descargos. Alegó que no era dable exigir la autorización de Ministerio del Trabajo a que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, previo a despedir a la trabajadora, por cuanto no existe prueba idónea o conducente que determine la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la actora.

En cuanto al pago de una indemnización por daños morales, adujo que no existe demostración de daño alguno o nexo de causalidad a su cargo.

Propuso y formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada, terminación de los efectos de la sentencia de tutela, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y la innominada.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**



El 27 de mayo de 2019, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió de todas las pretensiones a la accionada.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que de la historia clínica y de las incapacidades aportadas en el plenario, se pudo inferir que la accionante no se encontraba incapacitada al momento de la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 22 de junio de 2016, corroborándose con la última incapacidad del 20 al 21 de junio del 2016; de igual manera que inicialmente se calificó el origen de las patologías y posteriormente la pérdida de la capacidad laboral por la ARL Positiva Compañía de Seguros, estableciendo un porcentaje del 12,80%.

Asimismo, el juzgador primigenio tuvo en cuenta el testimonio del señor *Henry Ladino Díaz*, quien manifestó que la terminación del contrato de trabajo se debió al incumplimiento de la jornada de trabajo; que la accionante al momento de la terminación del contrato no estaba incapacitada, por lo que se hizo el despido directamente; finalmente, que la promotora de la litis en el interrogatorio de parte, señaló que a la terminación del vínculo laboral no llevaba 120 días de incapacidad continuos y aceptó presentar retardos en la jornada.

Por lo anterior, la *a-quo* consideró que la terminación del contrato de trabajo no fue con ocasión de las patologías que aquejaban a la actora, sino en virtud de una justa causa objetiva, al infringir el horario laboral por ingresar de manera tardía, tal como se desprendió en la carta de despido. Por tanto, al revisar el contrato de trabajo suscrito por las partes (Fls. 183 a 191) se observa como justa causa en el literal R), la no asistencia puntual del trabajo por más de 3 veces dentro del mismo mes o diferente pero dentro del mismo periodo, la cual fue infringida por la promotora de la litis entre los meses de febrero a abril de 2016.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que al momento del despido la demandante se encontraba en una situación de debilidad manifiesta, sin que sea requisito *sine qua non*, el haberse encontrado con alguna incapacidad médica para esa data.

Indicó que la demandante fue despedida un día después de que fuera reintegrada de una incapacidad, y que la ARL dio una calificación inicial del 12,80%, la cual no se puede tener en cuenta debido a que se encuentra en proceso de apelación, máxime que la ARL solo calificó las enfermedades de origen laboral denominadas



“*sinotibitis y tensonibitis, epicolitis media y lateral*”, y dejó de lado las enfermedades de origen común cervicalgia, fibromialgia, el trastorno de ansiedad, la depresión, la epilepsia y los síndromes epilépticos generalizados.

Indicó que del material probatorio allegado al plenario se pudo probar que las enfermedades de la demandante le impedían cumplir a cabalidad con las obligaciones que el *a-quo* estimó como necesarias, pues en la carta de despido se dijo que la demandante se quedaba dormida en el puesto de trabajo, sin embargo quedó demostrado con la prescripción de medicamentos que estos generaban algunos efectos secundarios, entre ellos somnolencia, mareos, inestabilidad, ansiedad y problemas de memoria, lo cual no fue considerado por el empleador, quien tenía conocimiento de su enfermedad, pues la accionante desde los años 2012 y 2013, radicó incapacidades, además las patologías implicaban restricciones para el trabajo; indicó que la demandante era tratada por neurología, psiquiatría y reumatología y que llevaba 556 días continuos de incapacidad y que en el momento está siendo valorada por síndrome de epilepsia.

Finalmente, manifestó no estar de acuerdo con la decisión tomada pues el *a-quo* afirmó que no operó ninguno de los requisitos de la estabilidad reforzada en favor de la demandante, por lo que solicita que se haga una revisión teniendo en cuenta las pruebas aportadas al plenario como las que lleguen a aportarse.

#### **IV.- ALEGATOS:**

Refiere la parte accionada que no se encuentra demostrado que la demandante para la fecha de terminación del contrato de trabajo acaecida el día 22 de junio de 2016, fuere sujeto de las prerrogativas de la estabilidad laboral reforzada, puesto que no había sido calificada, ni contaba con documento o medio de prueba alguno que determinara un estado de discapacidad o de incompatibilidad con el cargo ejercido; por otra parte que el contrato de trabajo fue terminado por el incumplimiento de las obligaciones de la trabajadora, situación que se presentó pese al esfuerzo que se hizo de tomar medidas como adaptar el horario de trabajo a las necesidades de la trabajadora.

#### **V.- CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la accionante fue despedida, desconociendo la protección establecida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

## **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Para desatar el objeto de la controversia, se debe acotar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estipula que 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, normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

Ahora, sobre el alcance de la garantía, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1360 de 2018, señaló:

*“[...] Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera...*

*“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada”.*

De igual manera, en la citada providencia la CSJ SCL, concluyó que:

*“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.*

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la



SL CSJ en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

*“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.”*

Criterio que se mantiene vigente en sentencias SL5181 de 2019 y SL 635 de 2020, última en la que se dijo:

*“Además de lo anterior, no sobra recordar que la prohibición contenida en la norma en comento que era la vigente para cuando se propuso la desvinculación del actor de su empleo, no opera frente a cualquier tipo de afectación de la salud o de discapacidad, pues conforme al artículo 1º de la Ley 361 de 1997, dicho estatuto normativo se dirige a la protección de aquellas personas en situación de discapacidad severa y profunda, de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.”*

No debe soslayarse que la SL CSJ en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

*“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”*

*“[...]”*

*“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:*

*“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador*



*permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.*

*“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.*

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia T-041 de 2019, señaló sobre este aspecto:

*“En suma, el trabajador que pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad laboral tiene derecho a no ser despedido y a ser reubicado en tareas acordes a sus capacidades, habilidades y competencias. En caso contrario, se presume que la desvinculación tuvo como fundamento la condición de discapacidad, y la misma se torna ineficaz.*

*“Dicha regla debe ser aplicada por el juez constitucional de encontrar acreditados los siguientes supuestos: (i) el trabajador presente padecimientos de salud que involucren una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones; (ii) el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido; (iii) no exista autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido; y (iv) el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio”.*

De los criterios jurisprudenciales antes esbozados, se tiene que por activa se debe demostrar que para la fecha del despido o de la ruptura del vínculo laboral, en criterio tanto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como de la Corte Constitucional, que padezca una *situación de discapacidad en un grado significativo*, discapacidad entendida como *pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo*, sin que para acreditar tal situación, se requiera una prueba solemne de pérdida de la capacidad laboral emitida por la entidad competente para calificar tal situación y además que se logre advertir que su desvinculación fue con ocasión a su limitación.

Una vez determinado lo anterior y para efectos de establecer si la accionante se encontraba en el supuesto fáctico que implicara la garantía de la estabilidad laboral reforzada, se tiene que al plenario se aportó la *“notificación de calificación de origen en primera oportunidad”*, expedida por Salud Total EPS (Fl. 122), en la cual se da cuenta que la accionante padece de *“tenosinovitis de flexoextensores de muñeca bilateral”, “epicondilitis media bilateral” y “epicondilitis lateral bilateral”*, las que se dictaminaron de origen profesional, y además *“bursitis de hombro derecho” y “cervicalgia”* de origen común, el que data del 18 de junio de 2013 (F. 122); mismo



que fuera complementado el 22 de julio de 2013, consignándose las patologías de origen común “*bursitis de hombro izquierdo*” y “*fibromialgia*” (Fl. 123).

Ahora bien, dichas patologías fueron reportadas por el empleador (Fl. 124), en virtud de lo cual la ARL Positiva Compañía de Seguros, calificó la pérdida de capacidad laboral en un 12,80%, estableciendo en el dictamen como “*fecha de siniestro*” el 18 de junio de 2016, de lo que se extrae que se verificaron las patologías antes mencionadas, que fueran calificadas respecto del origen por la EPS, medio de convicción que, a *contrario sensu* de lo alegado por el apelante, si ostenta de mérito probatorio, máxime que sólo en la alzada señaló que había sido recurrido el dictamen.

Ahora bien, dicha documental acredita que la accionante en virtud de las patologías antes mencionadas, se encontraba en una situación que implicaba la pérdida de la capacidad laboral, en un porcentaje que la haría acreedora de una incapacidad permanente parcial. De igual manera, debe señalarse que frente a dichas patologías se expidieron recomendaciones laborales el 8 de enero de 2014 (Fl. 116).

No obstante, al plenario se aportó documental que da cuenta que padece de otras patologías. En efecto, se aporta historia clínica de septiembre de 2015, que da cuenta de “*epilepsia*” (Fl. 112-114), en la que se refiere que desde el mes de marzo de esa anualidad presenta algunos síntomas, y que venía siendo tratada en el año 2016, pues milita el concepto de Neurofisiología de la Fundación Liga Central contra la Epilepsia del 8 de abril de 2016, en la cual se refieren estados de somnolencia. De igual manera, se evidencia que el 13 de abril de 2016, le fue otorgada incapacidad por “*dolor crónico regularizados*”, “*fibromialgia*” y “*síndrome convulsivo a estudio*”. De igual manera, las órdenes médicas del mes de mayo de 2016 dan cuenta que venía en tratamiento por psicología y psiquiatría (Fls. 90-92).

En el mes de mayo de 2016 recibió atención médica en la Ips Requera (Fl. 85), en la cual se ordena valoración por neurología por “*trastornos de memoria y el síndrome convulsivo*”, refiriéndose en la anamnesis que presenta dolor en los miembros superiores “*que le impiden realizar todas sus labores*” y alteración del sueño (Fl. 86). De igual manera se reportan incapacidades por las patologías que padece el 31 de mayo de 2016 (Fl. 349) del 13 al 17 de junio de 2016 (Fls. 82-83). De igual manera se evidencia consulta por urgencias el 20 de junio de 2016 por cefalea (Fl. 81)

En ese orden de ideas, se tiene que la accionante acreditó padecer diversas patologías que venían siendo tratadas, y eran de conocimiento del empleador en tanto incluso se verificó la calificación de su origen y porcentaje de pérdida de la capacidad laboral,



se verificaron recomendaciones laborales y se expidieron incapacidades, las cuales implicaban restricciones de carácter laboral, constituyéndose en una situación de discapacidad en grado significativo, en tanto implicaba una pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo

Ahora bien, en la misiva de despido (Fl. 73) se endilgó el grave incumplimiento de las funciones, específicamente por cuanto:

*“[...] de manera reiterada infringió el horario laboral pactado, ingresando a la compañía de manera tardía, así como tomando siestas en su puesto de trabajo durante la jornada [...].”*

*“Se evidenció que de manera reiterada usted presenta desorden de documentación importante para el proceso a su cargo, esto en virtud a que para dar respuesta a un requerimiento de un ente de control se le solicitó una de las carpetas en donde se encuentra la documentación de los representantes del Comité Técnico Científico y usted no sabía donde estaba, igualmente para el mismo informe se le solicitó diligenciar datos básicos que hacen parte del proceso puntual que tiene a su cargo y no fue posible tener esta información de manera correcta y oportuna”*

*“Se reportó que usted de manera continua, toma siestas o duerme en su puesto de trabajo durante la jornada laboral, conducta que persiste pese a las observaciones que le ha emitido su jefe inmediato, generando esto falta de concentración y atención a su labor”*

*“Igualmente se comprobó constante incumplimiento de su horario laboral en lo eferente a su hora de ingreso durante los meses de febrero, marzo y abril del año 2016”.*

Frente a los hechos endilgados se tiene que no existe prueba alguna que acredite lo atinente al “desorden” en el manejo de la documentación, ni de “tomar siestas” o dormir en la jornada laboral, pues no la prueba testimonial no da cuenta de ello, y el hecho que la accionante no se haya pronunciado en los descargos, no implica una aceptación tácita ni la renuncia al derecho de defensa como se consignó en la misiva de despido.

No obstante, si se acreditó que la accionante de manera reiterada incumplió con la jornada laboral en cuanto a la hora de ingreso, ello por cuanto el 5 de mayo de 2016, se le solicitó rindiera explicaciones por no haber asistido en la hora de ingreso a la jornada laboral en los meses de febrero a abril de 2016, en total de 14 días acumulando 185 minutos de retardo (Fl. 215), frente a lo cual el 13 de mayo de 2016 (Fl. 217), remitió descargos señalando que por motivos de salud no le era factible tomar el transporte público, lo cual fue reiterado por la accionante en el interrogatorio de parte, aceptando así el incumplimiento de la obligación mencionada.



Sobre tal aspecto, estima la Sala que si bien se acreditó que padecía de diversas patologías, no se acreditó que se hayan verificado recomendaciones laborales frente a la jornada de trabajo, siendo por ende de imperativo cumplimiento la obligación de concurrir a la hora designada al sitio de trabajo, situación que además se estableció en el contrato de trabajo como justa causa de terminación, al consignarse en la cláusula octava:

*“Son justas causas para dar por terminado el presente contrato [...] los hechos que a continuación se enumeran, que las partes convienen considerar como constitutivos de faltas con gravedad suficiente para dar por terminado el contrato [...] r) La no asistencia puntual al trabajo, sin excusa suficiente a juicio del empleador, por tres (3) veces dentro de un mismo mes calendario o diferente mes, pero dentro de un mismo período mensual”*

En ese orden de ideas, se encuentra plenamente acreditado que la accionante incurrió en la falta que fuera calificada de grave en el contrato de trabajo, aduciéndose por la demandante que precisamente los problemas de salud fueron los que conllevaron a no ser factible tomar el transporte público a fin de evitar contacto y los dolores propios de la patología, no obstante, no existe soporte probatorio de que se haya emitido una recomendación médica en ese sentido ni que se haya dispuesto una recomendación laboral para modificar la hora de ingreso. De igual manera, no se evidencia en las historias clínicas que se refieran a la situación de movilidad como una restricción para su estado de salud.

Como corolario de lo anterior, si bien se acreditó que la accionante padece de diversas patologías que le han generado una pérdida de la capacidad laboral, se desvirtuó que el despido se haya verificado como un acto de discriminación dado su estado de salud, pues la demandante incurrió en la falta grave pactada en el contrato de trabajo como justa causa, y no se evidencia que las afecciones de salud la hayan impelido a incumplir sus obligaciones contractuales, motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

## **VI.- DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**



**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 27 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral: 1100131050 26 2018 00396 01  
Demandante: CLAUDIA NELLY PERÉZ MANCERA  
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES  
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP  
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por activa contra la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

**I. ANTECEDENTES PROCESALES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Claudia Nelly Pérez Mancera*, formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que tiene más de 50 años de edad y prestó sus servicios al ISS por más de 20 años, siendo beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en el ISS; que se declare que la pensión de jubilación convencional se debe reconocer con el promedio de todos los factores salariales devengados en los 3 últimos años, actualizados con el IPC. Como consecuencia, se condene a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional en la suma de \$3.560.626, a partir del 1° de enero del 2015, más las mesadas adicionales, el retroactivo y los intereses moratorios, debidamente actualizados con el IPC, las costas y agencias en derecho y las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones señaló que nació el 1° de diciembre de 1961; que prestó sus servicios al ISS desde el 19 de mayo de 1987 hasta el 21 de diciembre de 2014, desempeñándose en el cargo de Secretaria como trabajadora oficial por más de 20 años; que el 31 de octubre de 2001 entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL se



celebró una Convención Colectiva de Trabajo, pactándose en su artículo 98 la pensión de jubilación para la mujer trabajadora oficial ISS que cumpliera 50 años de edad y tuviera 20 años de servicio, con el promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años para las personas que se jubilen entre el 1° de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016, cuya vigencia se fijó en 3 años, salvo los artículos de la misma en donde se haya fijado una vigencia diferente, Convención que se ha venido prorrogando, encontrándose vigente sin ser modificada.

Que la UGPP asumió la competencia para reconocer las pensiones de los ex trabajadores del ISS, por lo que mediante Resolución No. RDP 044745 del 29 de octubre de 2015 negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, siendo interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación el cual fue rechazado mediante Auto RDP 0444 del 18 de enero de 2016, no obstante la Procuraduría General de la Nación solicitó a la UGPP el cumplimiento de la sentencia SU-555 de 2014; que presentó reclamación administrativa para que le sea reconocida pensión de jubilación convencional, siendo respondida por la UGPP el 18 de mayo de 2018.

### **1.3 CONTESTACIÓN:**

La UGPP contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, argumentando que carecen de fundamentos jurídicos, sin que haya sido probado el derecho reclamado, aunado a ello que el AL 01 de 2005, dejó sin vigencia la pensión convencional deprecada.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de título y causa del demandante, con respecto de la UGPP, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones, posición frente a las normas invocadas como violadas por los accionantes.

## **II.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 6 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, relevándose del estudio de las excepciones.

Para arribar a tal conclusión, encontró acreditado que la demandante prestó sus servicios para el ISS entre el 19 de mayo de 1987 hasta el 21 de diciembre del 2014



como secretaria. Frente a la pensión convencional de jubilación, citó el Acto Legislativo 01 del 2005, del cual concluyó que las convenciones o pactos colectivos, así como los acuerdos válidamente celebrados, serían mantenidos por el término estipulado inicialmente y a partir del 31 de julio del 2010 desaparecerían definitivamente los efectos jurídicos de estas convenciones, sin que signifique la pérdida de derechos adquiridos en vigencia del acuerdo o convención.

Dado lo anterior, advirtió que la demandante cumplió los 50 años de edad requeridos en el 2011, fecha en la cual había perdido los efectos jurídicos de la CCT suscrita, motivo por el cual debe acogerse a las normas del sistema general de pensiones.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte *actora* interpuso recurso de apelación, aduciendo que según la jurisprudencia de la CSJ y los convenios de la OIT suscritos por Colombia, es beneficiaria de la CCT, específicamente en su artículo 98 numeral 2º, en el cual se determina para quienes se jubilen entre el 1º de diciembre de 2007 al 31 de diciembre de 2016 el 100% del promedio de lo percibido en los últimos 3 años; de igual manera que la SL CSJ, se estableció que con el párrafo transitorio tercero, se respeta la expectativa legítima de aquellos trabajadores oficiales que acrediten el cumplimiento de los requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, señalando que la restricción constitucional hace referencia únicamente a los pactos o convenciones suscritas entre la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y el 31 de julio de 2010, situación que no aplica en el caso en concreto toda vez que la norma convencional está vigente desde el 2001 y no fue pactada o suscrita dentro del periodo mencionado, indicando que no se establece como requisito que el trabajador este prestando sus servicios al ISS al momento en que cumpla los 50 años; finalmente que en primera instancia no se dio aplicación a los artículos 28 y 29 del Decreto 2013 de 2012.

### **IV. ALEGATOS:**

Por activa se reiteraron los argumentos de la alzada, señalando además que el tiempo de servicio se cumplió antes de la entrada en vigencia del AL 01 de 2005, por lo cual ostentaba una expectativa legítima, que dicha reforma ampara, lo cual ha sido establecido en diversas jurisprudencias, recientemente en la SU-445 de 2019; de igual manera, que la pensión debe reconocerse de conformidad con los artículos 27,



28 y 29 del Decreto 2013 de 2012, compendio normativo que se expidió en vigencia del AL 01 de 2005.

Por su parte, la accionada presentó alegatos de conclusión señalando que la accionante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión convencional, aunado a ello que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, no es dable su reconocimiento de pensiones convencionales, con posterioridad a su vigencia.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, debe establecerse si la aspiración de la actora de lograr la pensión convencional conforme al artículo 98 convencional.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Para desatar el problema jurídico establecido, es necesario traer a colación lo establecido en el art. 469 del CST:

*“La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto”.* (Resalta la Sala).

Es así que al revisar la precitada la CCT vista a folios 15 a 48, en efecto, esta cuenta con la constancia de depósito, por lo que se puede establecer que es fuente de derechos.

Así las cosas, se tiene que en su artículo 98, la CCT bajo estudio estableció en lo pertinente al presente caso:

*“El trabajador oficial que cumpla veinte años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer, tendrá derecho a 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:*

*“[...]*



*“ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, el 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicios*

Según la preceptiva mencionada, el derecho a la pensión de jubilación convencional se causa cuando se reúnen tanto el requisito de tiempo de servicios, como el de la edad siendo trabajadores oficiales, pues antes no se podría hablar de un derecho adquirido.

Como se advierte, este artículo contiene reglas de carácter pensional diferentes a las legales y forma parte de la CCT suscrita el 31 de octubre de 2001, su vigencia se pactó hasta el 31 de octubre de 2004. Dado que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se impone determinar si la misma siguió vigente hasta la fecha a partir de la cual se concretó el derecho pensional.

El CST establece en su artículo 478 que, si la CCT no es denunciada antes de que se cumpla el término de vencimiento, la misma se entenderá legalmente prorrogada por términos de 6 meses, es decir, la falta de denuncia de la convención extiende indefinidamente –por lapsos de 6 meses y hasta que se denuncie o se suscriba otra convención- los derechos, beneficios y garantías que en ella se consigna. Al respecto dice la norma:

*“ARTÍCULO 478. Prórroga automática. 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 períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”*

Dentro del plenario, obra la denuncia de la convención (fls. 75 a 76). Sin embargo, en el numeral 2º del art. 429 estableció que *“Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención.”*

Por tanto, valga decir que la Corte Constitucional en la sentencia C-1050/01 al respecto dijo:

*“De tal manera que los efectos de la denuncia sobre la convención denunciada son limitados: primero, no le resta eficacia jurídica a lo pactado, ya que la convención continua vigente; segundo, la vigencia de la convención denunciada no tiene término legal fijo; tercero, la continuidad de la convención está*



*supeditada a que se firme una nueva convención, lo cual supone un nuevo acuerdo entre las partes en lugar de la imposición unilateral de condiciones laborales diferentes.”.*

Dentro del plenario no se demostró que ambas partes hubieran celebrado una nueva convención, por lo tanto, la convención citada continuó vigente. En este punto resulta relevante lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 en materia de vigencia de las reglas pensionales que se hubieren encontrado vigentes a la fecha de este Acto Legislativo, las cuales, según el texto del parágrafo 2º y del transitorio 3, perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, así:

*“Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.*

*“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.” (Resalta la Sala).*

Al respecto, la Corte Constitucional en interpretación del referido Acto Legislativo, fue la que determinó que la vigencia de las normas convencionales que regulan pensiones y que estaban vigentes a la fecha del referido Acto Legislativo, solo regían hasta el 31 de julio de 2010.

Así, en la sentencia SU-555 de 2014 con respecto a las pensiones convencionales explicó:

*“... la primera frase del parágrafo transitorio 3º cuando aludió a que “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”, protegía tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo”, y precisó que “seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo”.*

*“[...] la segunda parte de este parágrafo transitorio crea una norma de transición para las reglas de carácter pensional contenidas en los pactos o convenciones colectivas que se suscribieran entre el 29 de julio de 2005 hasta el*



*31 de julio de 2010, señalando que en ellas no podrán consagrarse reglas pensionales que resulten más favorables a las que se encontraban vigentes a esa fecha, resaltando, de manera inequívoca, que las mismas perderán su vigor el 31 de julio de 2010, de manera que, después de esa fecha, sólo regirán las normas contenidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.”*

También la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretó y aplicó en el sentido antes expuesto el Acto Legislativo 01 de 2005, ratificando que la vigencia de las normas convencionales que estaban vigentes cuando el Acto Legislativo entró en vigor, fenecieron el 31 de julio de 2010. En la sentencia SL 1409 de 2015 rememoró la sentencia 31000 de enero 31 de 2007, iterado en la sentencia SL 4540 de 2019, precisó con respecto al parágrafo 3 del Acto Legislativo lo siguiente:

*“Sin embargo, hay un régimen de naturaleza transitoria, según el cual las condiciones pensionales que regían a la fecha de vigencia del acto legislativo contenidas en convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado sin que en los convenios o laudos que se suscriban entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, puedan pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encontraren vigentes, perdiendo vigencia en cualquier caso, en la última fecha anotada.*

*“En esta última hipótesis, cabe distinguir tres situaciones:*

- a) El “término inicialmente estipulado” hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que, si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”. Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.*
- b) En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.*
- c) Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.*

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



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

*“Quiere decir lo anterior, que, por voluntad del constituyente delegado, las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes ni los árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto.*

*“Es decir, que, en lo relacionado con esa materia, la intención legislativa y la del constituyente delegado es la de que sea regulada única y exclusivamente por la ley de seguridad social, la cual tiende a evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario y a acabar los dispersos regímenes en ese aspecto, procurando con ello cumplir con los fines y principios que le fueron asignados y que aparecen consignados en el Título Preliminar, Capítulos I y II de la Ley 100 de 1993.” (Resalta la Sala)*

De todo lo reproducido y que es compartido plenamente por esta Sala, se tiene que en el presente caso no se encuadra dentro de la primera hipótesis, toda vez que el término inicialmente pactado en la CCT bajo estudio feneció el 31 de octubre de 2004 y en cualquiera de las dos hipótesis restantes su vigencia llegó hasta el 31 de julio de 2010, por lo que la demandante debía demostrar hasta esa fecha, que cumplió los requisitos convencionales de edad y tiempo de servicios en calidad de trabajador oficial.

Frente a la edad establecida, se tiene que la demandante la cumplió el 1° de diciembre de 2011, toda vez que como se advierte a folio 14, nació el mismo día y mes de 1961, por lo que cumplió la edad de 50 años el 1° de diciembre de 2011, esto es, con posterioridad al 31 de julio de 2010, viéndose con ello afectada la prestación pretendida con el AL 01 de 2005, por lo que no le asiste razón al recurrente.

Finalmente, se debe señalar que la sentencia SU-445 de 2019, versa sobre una norma convencional diferente de la alegada como fuente del derecho pensional en el presente proceso, por lo cual no resulta aplicable al presente *sub-lite*, máxime que en dicha providencia se tuteló el derecho ante la existencia de precedentes sobre la interpretación de la normativa convencional estudiada en ese evento, lo cual no acontece en el plenario. En consecuencia, se confirmará la decisión censurada. **SIN COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

## **VI. 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;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado  
*Con salvamento de voto*

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 27 2017 00418 01  
Demandante:                        GUSTAVO ADOLFO CASADIEGO CADENA  
Demandado:                         COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:**            **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

**I.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Gustavo Adolfo Casadiego Cadena* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado a *Porvenir S.A.*, al no haberle proporcionado una información completa y comprensible, omitiendo los riesgos que debía asumir, así como las desventajas, por lo cual se debe mantener su vinculación al Régimen e Prima Media con Prestación Definida; como consecuencia de lo anterior deprecia se condene a *Porvenir S.A.* al traslado de los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a *Colpensiones*, y a dicha entidad a aceptar los aportes y registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 5 de febrero de 1979.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que se afilió al ISS, hoy *Colpensiones*, el 5 de febrero de 1979; que aportó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, previo al traslado, un total de 777,86 semanas; que se encontraba afiliado al ISS para el 1º de abril de 1994; que con la entrada al mercado de la AFP seleccionó al Fondo de Pensiones Horizonte hoy *Porvenir S.A.* el 10 de agosto de 1994; que la persona que lo asesoró para la vinculación a dicha administradora de pensiones, no le informó que el valor de la



mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, hoy *Colpensiones* ni realizó una proyección que le permitiera contar con la información completa, limitándose a utilizar argumentos de venta sobre una eventual liquidación del ISS, que se podía pensionar a cualquier edad; que tampoco se le informaron las desventajas de trasladarse al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni se puso en conocimiento que podría retornar al Régimen de Prima Media hasta antes del cumplimiento de los 52 años.

Que cuenta actualmente con más de 1912 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que radicó formulario de traslado de régimen ante *Colpensiones* el 7 de junio de 2017, lo cual no fue acogido, indicando que no era procedente dar trámite a la solicitud por cuanto la información consultada indicaba que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse; finalmente, que el 9 de junio de 2017 *Porvenir S.A.* le informó que no contaba con los elementos de juicio suficientes para dejar sin efecto la afiliación.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* se opuso a las pretensiones manifestando que no era procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por el accionante del régimen de Prima Media al régimen de Ahorro Individual, toda vez que el traslado se había realizado con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia había solicitado del traslado suscribiendo los respectivos formularios, asimismo que para la fecha en que el accionante había solicitado el retorno al Régimen de Prima Media, esto es, el 7 de junio de 2017, contaba con 61 años de edad y dado que no contaba con 15 años de cotizaciones para el 1º de abril de 1994, resultaba improcedente su traslado; que no se podía tomar como cierto que la falta de información se traduzca en no realizar una proyección pensional.

Por otra parte, indicó que *Colpensiones* no tuvo injerencia alguna para que el actor tomara la decisión de trasladarse, por lo tanto, no debía asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de la AFP al momento del traslado.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

*Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones, por cuanto al demandante si se le había brindado la información suficiente por parte de los asesores al momento de la afiliación, vinculándose a través de una decisión libre y espontánea y sin presiones el 10 de agosto



de 1994, y se vinculó a la modalidad de pensión voluntaria, suscribiendo el formulario No. 00330 del 4 de julio de 1996.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintisiete Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 27 de mayo de 2019, declaró la ineficacia del traslado, condenando a *Provenir S.A.* a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual, y ordenó a *Colpensiones* a afiliarse nuevamente al actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de *Porvenir S.A.*; finalmente declaró no probadas las excepciones de mérito.

Para tal efecto la *a-quo*, tras referir los pronunciamientos jurisprudenciales atinentes al deber de información y la carga probatoria en cabeza de la AFP, estimó que, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación, en la cual se consignó que la decisión la adoptó de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cierto es que *Porvenir S.A.* no cumplió la carga probatoria de haber suministrado la información clara y completa sobre el RAIS, en tanto el formulario de afiliación contiene formas preestablecidas y no demuestra los términos de la asesoría.

Por otra parte que, si bien la señora representante legal de *Porvenir S.A.* aseveró que se cumplió con el deber de información, no estuvo presente al momento de la asesoría, lo cual se acompaña con lo relatado por la señora *Marta Cecilia Sánchez Botero*, quien se desempeña en el área de recursos humanos del Banco Superior, al que pertenecía el actor, y fue quien lideró asesorías grupales, sin tener conocimiento de los términos particulares de la asesoría que de manera individual se suministró al demandante. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción ni las restantes formuladas por pasiva.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**



Inconforme con la decisión *Porvenir S.A.* interpuso recurso de apelación, manifestando que al demandante se le brindó información correspondiente al RAIS, incluyendo características, funcionamiento, modalidad de pensión y los requisitos para acceder a la misma, de conformidad con las disposiciones legales que estaban vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia; igualmente que el RAIS pone en manos del afiliado el futuro pensional a través de la planeación y el ahorro, por ende, no es viable aducir un engaño por la AFP.

Adicionalmente que de conformidad con lo regulado en la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003, informaron a los afiliados las modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, indicando a través de canales de servicio, los extractos enviados a cada afiliado y las distintas publicaciones efectuadas en medios de comunicación de amplia circulación nacional, por ende se desvirtúa que no hayan informado sobre la posibilidad que tenía de trasladarse al RPM; por otra parte, que el deber de información ha evolucionado a través del tiempo, y actualmente no es el mismo deber de información que se exigía para el año 1994.

Finalmente, reiteró que no habían actuado de manera fraudulenta o con aras de engañar o coartar la voluntad de afiliado para que se afiliara.

Por su parte *Colpensiones* indicando que no era viable declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con base en falta de información, teniendo en cuenta que las características de los regímenes se encuentran en la ley, por ende, no es dable alegar su desconocimiento, máxime que las ventajas o desventajas, se traducen en las características propias que cada afiliado puede elegir libremente.

Por otra parte, señaló que al momento en que el demandante había decidido trasladarse de régimen pensional porque su empleador era el mayor inversionista en ese momento de la AFP Horizonte hoy *Porvenir S.A.* y por el de gerente que ocupaba; finalmente que al suscribir el formulario se aceptan las condiciones para acceder a la pensión de vejez.

#### **IV. ALEGATOS:**

La parte demandante refirió que no se aportaron al plenario medios de convicción que demuestren que *Porvenir S.A.* le brindara una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, ni que se le hayan indicado las ventajas y desventajas de permanecer en



el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional efectuado el 10 de agosto de 1994, incumpliendo el deber de información, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia, al estar acorde con las reglas jurisprudenciales.

*Colpensiones* señaló que no es dable invertir la carga de la prueba e imponerle al fondo privado la obligación de probar la asesoría integral para el cambio de régimen, ello por cuanto la demandante no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo; no adolece la afiliación de causal de nulidad alguna, y el error alegado no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado; finalmente que la decisión implica una descapitalización del sistema pensional, y que se debe declarar probada la excepción de prescripción.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales, la Sala analizara en primer lugar, si procede o no la nulidad del traslado de régimen efectuado por el demandante.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, de la revisión del plenario se tiene que se aportó el formulario de traslado y afiliación del 10 de agosto de 1994 (Fl. 36) el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información oportuna, y si bien en la alzada *Colpensiones* refiere que el traslado se debió al cargo de gerente que ocupaba y la participación accionaria de la empleadora en la AFP, no obstante, dichas circunstancias no demuestran el cumplimiento del deber de información, pues independientemente de tales



circunstancias, *Porvenir S.A.*, tenía el deber de cumplir la obligación de informar al actor sobre las ventajas y desventajas del traslado, y acreditar plenamente dicha situación en el plenario.

Por otra parte, la testigo *Marta Cecilia Sánchez Botero*, refirió que para el año 1994 el Grupo Superior era propietario de la AFP *Horizonte*, por lo que se presentó a los empleados del Banco Superior, y de las empresas filiales, la opción futura para obtener la pensión, no obstante, fue enfática en señalar que participó de reuniones grupales para presentar la AFP, en la cual se daba una información genérica de la empresa, y posteriormente los asesores realizaban una reunión individual con cada trabajador, sin que haya estado presente en el caso particular del actor, lo cual tampoco logra formar el convencimiento respecto del cumplimiento cabal del deber de información. En ese orden de ideas, las pruebas recabadas en el *sub-examine* no dan cuenta de la información suministrada al actor.

De igual manera, frente a lo alegado en la alzada por *Provenir S.A.*, para la época del traslado existía el deber de información, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, al adoctrinar, se reitera, *“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”*, lo cual no fue acreditado por pasiva, como se analizó en precedencia.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual le asistió razón a la *a-quo* al no declarar probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

## **VI.- DECISIÓN**



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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2018 00131 01  
Demandante: GILBERTO ANTONIO GALVIS DUARTE  
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-  
UGPP, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y  
COLPENSIONES.  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por *Porvenir S.A.*, así como dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, toda vez que fue condenado y La Nación funge como su garante.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Gilberto Antonio Galvis Duarte* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare ineficaz el traslado efectuado a la *AFP Porvenir S.A.* a través del formulario suscrito el 1º de junio de 1999; en consecuencia de lo anterior se le declare que continúa válidamente afiliado al RPM administrado por la *UGPP*; se ordene a la *AFP Porvenir S.A.* trasladar a la *UGPP* los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos; se ordene a la *UGPP* a recibir los aportes cotizados, y se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 26 de junio de 1961; que empezó a laborar con la sociedad *Copetran S.A.* en junio de 1978 cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; que en 1996 se vinculó a la Registraduría Nacional del Estado Civil; que en 1999 un asesor de *Porvenir S.A.*



realizó una reunión grupal en la institución en la que laboraba, en la que se refirió que el Régimen de Prima Media se iba a terminar y que la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad resultaría más favorable, motivos por los cuales aceptó y se trasladó *Porvenir S.A* a partir del 1º de junio de 1999, al suscribir los documentos necesarios.

Agregó, que se encuentra vinculado a la Registraduría Nacional del Estado Civil y cotizando a la AFP accionada; que solicitó a *Porvenir S.A* el cálculo de su pensión, quien le manifestó que a los 62 años de edad obtendría una mesada pensional no mayor a \$1'000.000, por lo que efectuó por cuenta propia un cálculo actuarial de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media, obteniendo una suma superior a \$2'500.000. Finalmente, adujo que solicitó a *Porvenir S.A* la nulidad de la afiliación, quien, mediante oficio del 14 de febrero de 2018, negó la solicitud; en igual sentido, petitionó a la UGPP restablecer la afiliación, entidad que mediante oficio del 20 de febrero de 2018 respondió argumentado la improcedencia de lo pretendido.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La accionada *Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la seguridad social- UGPP*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que el actor no se encuentra cobijado dentro de los lineamientos expresados en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, con la finalidad de trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, por cuanto no es beneficiario del régimen de transición, en la medida que no cuenta con el requisito de los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley de 1993. Igualmente, alegó que la entidad no es la administradora del Régimen de Prima Media, por lo que no es posible recibir dentro de su nómina de pensionados al accionante.

Propuso y sustentó como excepciones previas las que denominó indebida integración del litisconsorcio necesario y falta de legitimación en la causa por pasiva y las de mérito de prescripción, improcedencia de condena alguna, compensación y la innominada o genérica.



Por su parte la *AFP Porvenir S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la información suministrada al accionante se encuentra acorde con las disposiciones legales establecidas por la Superintendencia Financiera.

Adujo que la afiliación efectuada por el actor tiene plena validez al no configurarse ningún vicio del consentimiento, debido a que al suscribir el formulario de afiliación indicó que lo signó de forma libre y voluntaria.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Mediante auto del 23 de agosto de 2018 (Fl. 143) el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, ordenó integrar como litisconsorte necesario a la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones*, y por consiguiente notificarle y correrle traslado de libelo para que conteste dentro del término procesal pertinente.

*Colpensiones* operó la *litis constestatio*, oponiéndose a cada una de las pretensiones propuestas, aduciendo que el promotor de la litis se encuentra válidamente afiliado a la AFP accionada por no probar que se hubiera presentado algún vicio de consentimiento. Refirió que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó con su plena voluntad al suscribir el formulario de afiliación; que la ignorancia de la ley no es excusa y que el paso del tiempo ha subsanado cualquier irregularidad, máxime cuando se está afectando la sostenibilidad financiera de la entidad; y al incurrir en error en indicar que quien administra el RPM es la UGPP careciendo de sustento factico y jurídico.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, falta reclamación administrativa, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.



## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintinueve Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 13 de mayo de 2019, declaró la nulidad absoluta de la afiliación del demandante al RAIS administrado por la *Porvenir S.A.* acaecido el 1º de junio de 1999; y en consecuencia ordenó a *Porvenir S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que se hubieren recibido con motivo de la afiliación de demandante, sin lugar a descuento alguno; ordenó a *Colpensiones* recibir los valores que hubieren efectuado con motivo de la afiliación del actor; y declaró probada la excepción de falta de legitimación de causa por pasiva propuesta por la demandada *UGPP*.

Lo anterior por cuanto consideró que, en primer lugar, declarar que la competencia para efectos del reconocimiento de la pensión estando afiliado al RPM le corresponde a *Colpensiones*, conforme a lo establecido en los artículos 155 y 156 de la Ley 1151 de 2007 y la calidad del afiliado que tenía el actor al momento de su traslado.

Refirió que al demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la AFP accionada no cumplió con la carga de la prueba en demostrar el deber de información, pues no le suministró al actor las características propias de cada uno de los regímenes pensionales concretándolos a la situación fáctica y jurídica del afiliado, pues al accionante no se le explicó que la mesada pensional sería menor a la que devengaría en el ISS, hoy *Colpensiones*.

Agregó, que la única documental allegada al plenario fue el formulario de afiliación del promotor de la litis a *Porvenir S.A.*, frente a la cual la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la simple suscripción no acredita el deber de información; y que frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición o frente a un derecho consolidado, en las últimas providencias ha determinado que aquella no está supeditada a dicha condición particular, sino que se debe analizar si se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN:**



*Porvenir S.A.* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que el precedente jurisprudencial no coincide con el supuesto fáctico bajo estudio, pues el actor no es beneficiario del régimen de transición ni tampoco tiene un derecho consolidado a su favor; que el promotor de la litis ha pertenecido 20 años afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que haya manifestado oposición o efectuado algún reparo; señaló que por la preparación académica del actor, tenía la obligación de informarse respecto de las condiciones pensionales.

Agregó que, no es procedente trasladar los aportes junto con las cuotas de administración ni los rendimientos que haya generado el dinero. Finalmente, manifestó con respecto al seguro previsional, que aquellos recursos no los tiene a su disposición, pues fueron trasladados a las respectivas aseguradoras con las cuales se tenía contratado el servicio.

Teniendo en cuenta que la sentencia fue desfavorable a la parte demandada *Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones*, y que La Nación funge como su garante, es menester desatar el grado jurisdiccional de consulta.

#### **IV. ALEGATOS:**

Por pasiva, *Colpensiones* refirió que el actor se encuentra incurso en la prohibición que limitó el traslado de régimen pensional dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez; que el formulario de afiliación suscrito por el accionante fue libre y voluntario, conservando la presunción de legalidad; que para la fecha del traslado no existía norma legal que obligara a las Administradoras de Pensiones a efectuar de proyecciones pensionales, ni existe respaldo jurisprudencial que avale que el monto de la mesada pensional fuera fundamento para declarar la ineficacia de afiliación.

Por su parte, la *UGPP* solicitó confirmar el fallo de primera instancia en lo atinente a la exoneración de responsabilidad, toda vez que carece de legitimación en la causa por pasiva, sin que sea dable que resulte perjudicada por las consecuencias jurídicas que trajo consigo la suscripción del contrato de vinculación del accionante con la *AFP Porvenir S.A.*, esto a pesar de que el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal de traslado.



La parte demandante refirió que el fondo privado no le suministro información puntual, concreta y adecuada de los riesgos, beneficios, consecuencias del cambio de régimen, lo que derivó en que la pensión sufriera un detrimento, cumpliéndose en el presente evento, los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 1° de junio de 1999 (Fl. 110), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, se limitó a referir que el asesor de *Porvenir S.A* le informó que iba obtener una mesada superior de la que percibiría en el entonces ISS. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

De igual manera, frente a la alegada convalidación de la ineficacia, sustentada en el hecho de haber verificado traslado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuanto estaba a su alcance, basta con señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838, del 8 de mayo de 2019, señaló: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación elevado por la parte demandada *Porvenir S.A.*, respecto de la condena a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y rendimientos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta. tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI.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;

**RESUELVE:**



**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de mayo de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral                    1100131050 29 2018 00586 01  
Demandantes:                        MARÍA ELISA DÍAZ DÍAZ  
Demandados:                        COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y  
    OLD MUTUAL S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación incoados por *Porvenir S.A.* y *Old Mutual S.A.* así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de agosto de 2019, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *María Elisa Díaz Díaz*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido en junio de 2000, así como traslados de Fondo Privado del 28 de enero de 2005 y 14 de septiembre de 2010 y en consecuencia se condene a los fondos privados de pensiones, a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, y a esta última entidad a recibirlos y registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde la fecha del traslado.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Fundó sus pretensiones en que se trasladó al *Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Santander* en el mes de junio de 2000, sin que se le haya brindado la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que otorgaba cada régimen pensional, tal como se evidencia en la declaración extrajuicio del 15 de agosto de 2018; que se trasladó posteriormente a *Porvenir S.A.* el 28 de enero de 2005 y a *Skandia*, hoy *Old Mutual S.A.*, el 14 de septiembre



de 2010; que nació el 11 de diciembre de 1958 y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad; que los fondos de pensiones deben acreditar el deber de información; que Old Mutual S.A. realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado, obteniendo una mesada pensional a los 59 años de edad de \$1.249.000 y a los 60 años de \$1.490.000, siendo que en el Régimen de Prima Media la mesada ascendería a \$3.425.692; finalmente, que solicitó a las accionadas la nulidad del traslado, a lo cual no se accedió.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Protección S.A.* operó la *litis contestatio* señalando que no es cierto que no se haya suministrado la información requerida para el traslado de régimen, toda vez que los asesores están debidamente capacitados, siendo la señora *Luz Marina Venegas Pastor*, quien fungió como asesora de la actora, sin que haya inducido en error o engaño, al brindar la información oportuna y pertinente, sin que la declaración extraprocesal de la accionante acredite lo contrario; que no le consta los hechos atinentes a las otra AFP y que no es dable estimar que la mesada sería inferior en el Régimen de Ahorro Individual, en tanto la manera de liquidarla, con respecto al Régimen de Prima Media, es diferente.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, la innominada o genérica y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de Pensiones.

Por su parte *Old Mutual S.A.*, señaló que no participó del traslado del Régimen de Prima Media, sin que además se allegue por activa prueba alguna que dé cuenta de la nulidad pretendida, máxime que el negocio jurídico eventualmente solo podría verse afectado por un vicio del consentimiento, sin que el dolo se presuma respecto del demandado, aunado a ello que el error de derecho no invalida la afiliación, y la demandante ratificó su consentimiento con los traslados, lo cual desvirtúa el error de hecho.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.



*Porvenir S.A.* señaló igualmente no constarle las circunstancias del traslado de régimen pensional, no obstante, no se avizora la existencia de un vicio del consentimiento, cumpliéndose con la respectiva asesoría pensional por la administradora accionada, si n que sea dable la inversión de la carga de la prueba, por lo que por activa se deberá acreditar lo alegado en el supuesto fáctico de la demanda.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Finalmente, *Colpensiones* refirió que no es dable acceder al retorno al Régimen de Prima Media, pues se debe acreditar contar con 15 años de cotización o de servicios a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de igual manera, que no adolece de nulidad la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que la eventual declaratoria pretendida, afecta de manera grave el principio de sostenibilidad del sistema pensional.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 16 de agosto de 2019, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado tanto a *Protección S.A.*, por lo que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, condenando a *Old Mutual S.A.* a devolver todos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, y a *Colpensiones* a reactivar la afiliación sin solución de continuidad.; de igual manera a *Protección S.A.* y *Porvenir S.A.* a devolver los gastos de administración que hubieren descontado.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la accionante era beneficiaria del régimen de transición por contar con más de 35 años para el 1º de abril de 1994,



no obstante, independientemente de dicha situación, se debía acreditar si para la fecha del traslado se cumplió con el deber de información, siendo además exhaustiva la AFP en cuanto a las consecuencias respecto del régimen de transición; que no se acreditó por pasiva lo anteriormente expuesto, al no mediar ningún medio de convencimiento que dé cuenta de la información que se suministró a la demandante, aportándose al hoja de vida de al asesora, quien no ostentaba estudios respecto de los regímenes pensionales.

Consideró que se deben retornar los gastos de administración de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, lo cual también comprende a los fondos de pensiones en los que estuvo afiliada.

### **III.- RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

*Provenir S.A.* formuló recurso de apelación señalando los regímenes pensionales autorizados por la ley, cuentan con características diferentes, y frente al deber de información, no se debe acreditar aspectos como que la asesora deba ser experta en seguridad social, pues dicha circunstancia resulta irrelevante, e incluso en caso de acreditarse, no implicaría *per se* el contenido de la información dada.

Por otra parte, que la accionante al momento de traslado contaba con una baja densidad de semanas, y cuando se trasladó a *Porvenir S.A.* se le brindó la información respectiva, siendo evasiva en el interrogatorio de parte cuando se le interrogó al respecto; de igual manera, que en la demanda y fijación del litigio se consignó una eventual nulidad, más no una ineficacia, por ende la decisión vulnera el derecho de defensa; estima que la ineficacia se encuentra regulada en el Código de Comercio, estableciéndose que es factible de subsanación, lo que acontecería en el plenario con la información surtida con posterioridad al traslado, máxime que del formulario de afiliación se evidencia que sí le fue puesto de presente lo atinente al régimen de transición, sin que además haya retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuanto estaba a su alcance.

Finalmente, que se debe revocar la devolución de gastos de administración, pues rompe la carga de dinámica de la prueba y el principio de congruencia, en tanto las pretensiones solo se dirigen contra *Old Mutual S.A.*, y si bien se cuenta con facultades *ultra y extra petita*, en el *sub-examine* no se discutió dicha situación, máxime que se modificó el precedente horizontal sin argumentar en debida forma la decisión, gastos de administración que el artículo 23 de la Ley 100 de 1993,



también contempla para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y los que se descontaron se debieron a la buena administración, lo que se extrae del capital y su rendimiento, siendo en todo caso, mayores los aportes que se sufragar ante *Colpensiones*, en virtud de la solidaridad.

*Old Mutual S.A.* sustentó la alzada en los principios del debido proceso y legalidad, señalando que se emitió la sentencia aplicando la normativa de manera retroactiva, pues para la fecha del traslado no se habían expedido las normas de asesoría ni la inversión de la carga de la prueba, la cual sólo se aplica, además, cuando se causa un perjuicio, y que se han establecido por la jurisprudencia en casos no análogos al presente, cuyas particularidades difieren de los analizados por la Corte Suprema de Justicia, en tanto, no existía un derecho consolidado ni una expectativa legítima.

Finalmente, que la condena a la devolución de los gastos de administración que se causaron de buena fe vulnera la seguridad jurídica y la estabilidad de quienes intervienen en el sistema, careciendo de soporte jurídico, máxime que la misma demandante informó que *motu pro prio* fue quien solicitó el traslado.

Teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

#### **IV.- ALEGATOS:**

*Colfondos S.A.* refirió que la accionante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación suscrito con *Santander S.A.*, hoy *Protección S.A.*, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley, suministrándose la información de manera verbal, máxime que no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría, ni verificar cálculos o proyecciones; señala que con los traslados en el RAIS ratificó su consentimiento, y que no es dable disponer la devolución de los gastos de administración.

Por su parte *Colpensiones* reiteró que la demandante se encuentra incurso en la prohibición del artículo 1° del Decreto Ley 3800 de 2003, que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para



obtener la pensión de vejez, además, el formulario de traslado firmado por la actora al momento de escoger libre y voluntariamente la AFP, se encuentra vigente y conserva la presunción de legalidad; que antes de la expedición de la Ley 1748 de 2014, no existía norma legal que obligara a las administradoras de pensiones a realizar simulaciones de proyecciones pensionales; finalmente, que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad del Sistema.

Finalmente, por activa se señala que tiene derecho a que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por la AFP Santander hoy *Protección S.A.* en el mes de junio del año 2000, y el traslado efectuado por la AFP *Porvenir S.A.* el día 28 de enero de 2005 y a Skandia hoy *S.A.* el día 14 de septiembre de 2010, toda vez que dichos fondos no le ofrecieron una información clara, veraz y oportuna de lo que implicaría la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; igualmente que no solo existe engaño por acción, sino también por la omisión cometida por los asesores al no proporcionar una información completa, lo cual no fue desvirtuado por pasiva.

## **V.- CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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, y si resulta procedente la condene a la devolución de los gastos de administración.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.



Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, de la revisión del plenario se tiene que se aportó el formulario de traslado y afiliación del mes de junio de 2000(Fl. 89), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información ni la restante prueba documental da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado a *Protección S.A.*, lo cual conlleva, de manera consecencial, la ineficacia del traslado que se verificó en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a *Porvenir S.A.* y *Old Mutual S.A.*, y que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Ahora bien, frente a lo alegado por *Provenir S.A.* en la alzada, debe señalarse que, en efecto, el deber de información no se acredita ni desvirtúa por el hecho de contar la asesora con determinados conocimientos sobre el Sistema General de Seguridad Social, no obstante, permanece en todo caso la carga de la prueba en el fondo de pensiones sobre la información que le fue suministrada para efectuar el traslado, la cual no se cumplió como se anotó en precedencia.

Por otra parte, no se avizora que se haya vulnerado el derecho de defensa o el principio de la congruencia, pues si bien en las pretensiones se aduce la nulidad del traslado, en el supuesto fáctico se esgrimió la alegada falta del deber de información, lo cual habilita al sentenciador a determinar la consecuencia jurídica, máxime que tal como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL13877-2016, Radicación No. 51121 del 14 de septiembre de 2016:

*“Principio de ‘iura novit curiae’: La Corte, en sentencia de revisión CSJ SL17741-2015, del 11 de nov. 2015, rad. 41927 explicó ampliamente este postulado en el sentido que siendo la causa para pedir del demandante el conjunto de hechos constitutivos del derecho pensional reclamado, el juez está vinculado a los mismos, para de allí aplicar la norma que gobierna el caso, que aun cuando de manera literal no se plasme en la demanda, con todo, su indicación le compete al juzgador resolver la pretensión en controversia, sin que al ocurrir ello se afecte en manera alguna la relación entre la petición, la decisión y la causa del proceso [...]”.*

En ese orden de ideas, al fijar en los presupuestos de hecho de la demanda, el incumplimiento de la AFP del deber de información, la *a-quo* se encontraba plenamente habilitada para determinar la consecuencia jurídica, esto es, la ineficacia consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.



Por otra parte, frente a la convalidación de la ineficacia sustentada en la alzada en el Código de Comercio, y que se sustentó en el hecho de haber obtenido la accionante información a lo largo de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuanto estaba a su alcance, basta con señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838, del 8 de mayo de 2019, señaló: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

De igual manera, tal como se estableció en precedencia, el máximo órgano de cierre, señaló que *“las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional”* (supra), por ende, no le asiste razón a *Old Mutual S.A.* al señalar que se vulneró el principio de legalidad, al aplicar de manera retroactiva las normativas que han consignado dicha obligación; de igual manera, la inversión de la carga de la prueba, según la sentencia de tutela antes esbozada, se configura para los eventos en que se alega ineficacia del traslado, independientemente de que se cumplan particularidades, como el pertenecer o no al régimen de transición.

En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, que tanto *Porvenir S.A.* como *Old mutual S.A.*, esgrimen en la alzada improcedentes, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.* y *Old Mutual S.A.*, no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente de la destinación específica que en el Régimen de Prima Media se le otorgue, o de si los montos de cotizaciones hubiesen sido superiores en dicho régimen pensional.

De igual manera, la *a-quo* si argumentó el cambio de su criterio frente a la devolución de los gastos de administración para su imposición a todas las AFP, al referir los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual no se recovará la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.



**VI.- DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



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

Proceso Ordinario Laboral 1100131050 32 2018 00715 01  
Demandante: ANA DE JESÚS LEÓN DE VELÁSQUEZ  
Demandado: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES  
NACIONALES DE COLOMBIA  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2019.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Ana de Jesús León de Velásquez*, en calidad de cónyuge supérstite, formuló demanda ordinaria laboral, a fin de que se condene al *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, debidamente indexada o ajustada con base en el IPC, más los intereses moratorios.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones señaló que estuvo casada con el causante hasta el 6 de diciembre del 1996, data de su fallecimiento; que el causante laboró para los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia durante 13 años, 5 meses y 3 días; que ha dependido económicamente de sus hijos, por cuanto nunca laboró al padecer una patología que le impedía realizar esfuerzos físicos y requería continuas hospitalizaciones; que en la actualidad no goza de pensión de sobrevivientes por parte de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Que el 26 de mayo de 2016, se radicó derecho de petición a la demandada con el fin que le certificaran los derechos que tenía en calidad de cónyuge sobreviviente, frente a lo cual se le informó que mediante Resolución No 503 de 1970 se le pagaron los haberes que le correspondían.



Que el 9 de septiembre de 2016 elevó derecho de petición solicitando se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, sin encontrar respuesta en los términos de ley; que interpuso acción de tutela para que se emitiera una respuesta de fondo, interponiéndose incidente de desacato, en el que se ordenó a la entidad expedir el acto administrativo que definiera la solicitud de la pensión de invalidez; que el 1° de marzo de 2017, la pasiva le notificó la Resolución 2363 de 2016, mediante la cual se negaba la sustitución pensional; que interpuso recurso de reposición, siendo la respuesta confirmar lo decidido en la resolución aludida.

Finalmente, que interpuso acción de tutela, pero con el fin de que se le ampararan los derechos a la dignidad humana, la seguridad social y mínimo vital, a lo que el 23 de junio de 2017, el Juez de Tutela le amparó de manera transitoria sus derechos fundamentales y le ordenó a la demandada pagar la prestación alegada; que la accionada impugnó la decisión, y que en sede de segunda instancia confirmó en su totalidad el fallo proferido en primera instancia.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

El *Ministerio de Salud y Protección Social*, operó la *litis constestatio*, oponiéndose a cada una de las pretensiones, aduciendo que los hechos y las pretensiones propuestas en la demanda no van encaminadas a la entidad, por lo que no puede ser vinculada como sujeto de la relación procesal, en tanto no expidió los actos administrativos cuestionados. Además, indicó que el encargado del reconocimiento, liquidación y pago de pensiones es el *Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales*, y no es posible derivar responsabilidad alguna a la Entidad, como en el caso bajo estudio.

Propuso y sustentó la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva. Igualmente, propuso y sustentó las excepciones de mérito de no existe nexo de causalidad entre las acciones, omisiones y las situaciones de hecho en que se fundamentan las pretensiones de la demanda que permita predicar solidaridad entre la parte que represento y el establecimiento público; inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico de este ministerio para reconocer, reajustar, negar, sustituir, liquidar, reliquidar o revisar un derecho pensional; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la innominada.

El *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, alegando que, para declarar la nulidad de un acto administrativo, como es la Resolución No 679 del 4 de mayo de 2017, no



resulta válido acudir a la jurisdicción ordinaria laboral sino a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de buena fe y confianza legítima, falta de título o causa para demandar y la genérica.

Mediante auto proferido en audiencia del 23 de octubre de 2019 (fl.209), se declaró probada la excepción de Falta de legitimación en la Causa por Pasiva propuesta por la accionada *Ministerio de Salud y Protección Social*, por lo que se le dio por terminado su relación procesal dentro del proceso de la referencia.

Asimismo, mediante auto proferido en audiencia del 23 de octubre de 2019 (fl.209), se declaró la nulidad de la notificación de la demandada *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia*, por lo cual se concedió el término de 10 días hábiles para que contestara nuevamente la demanda de la referencia, conforme a las adecuaciones realizadas.

El *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, operó nuevamente la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, indicando que no le es aplicable al causante el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, por cuanto el deceso del trabajador fue la razón por la cual se dio por terminado la relación laboral y además por no cumplir en vida los requisitos para dejar causado el reconocimiento pensional aquí deprecado.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de buena fe y confianza legítima, falta de título o causa para demandar y la genérica.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2019, declaró probada la excepción de falta de título o causa para pedir propuesta por la demandada, conforme a las consideraciones expuestas; absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; advirtió que los dineros recibidos por la demandante por concepto de pensión de sobrevivientes con ocasión de los fallos de tutela proferidos a su favor quedan sin efectos jurídicos y que los dineros recibidos por la demandante por concepto de pensión de sobreviviente y con ocasión de esos fallos de tutela fueron de buena fe, y no hay lugar a devolución alguna.



Para arribar a dicha conclusión, el Despacho consideró en primer lugar, que la norma aplicable al momento del fallecimiento del causante es el Decreto 3135 de 1968, y que para aquel entonces no se encontraba establecido una pensión de sobrevivientes para el caso del trabajador que falleciera al servicio de la empresa extinta *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, por lo que no existía derecho de la cónyuge supérstite a percibir el derecho pensional alegado.

En cuanto a la pretensión de aplicar de manera retrospectiva la Ley 100 de 1993 para acceder a la prestación aludida, adujo que teniendo en cuenta las sentencias T-292 de 2006 y T-110 de 2011, en el caso *Sub-Lite* la situación jurídica se encuentra consolidada, pues el señor *Daniel Velásquez* feneció en diciembre de 1969, donde ni siquiera se había expedido la Ley 100 de 1993, por lo que era una situación definida conforme a las disposiciones legales que en su momento regían y que no había tránsito de legislación que estableciera unas condiciones diferentes que permitieran lo pretendido.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte actora consideró que el caso objeto de estudio no se dio la debida aplicación a condición más beneficiosa, puesto que diferentes fallos de la SL CSJ y del Consejo de Estado, se ha amparado su aplicación en el tema pensional, acogiendo los derechos constitucionales de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

### **IV.- ALEGATOS:**

Por activa se refirió que se debe dar aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el precedente uniforme de la Corte Constitucional y el principio de favorabilidad en materia de pensiones, teniendo en cuenta que la accionante se constituye en sujeto de especial protección constitucional, y se deben garantizar sus derechos fundamentales.

### **V.- CONSIDERACIONES:**

#### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO**

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde en esta instancia resolver si le asiste el



derecho a la demandante al reconocimiento y pago la pensión de sobrevivientes al aplicar la Ley 100 de 1993 en su versión original.

## **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Previo a descender sobre el problema jurídico, se encuentra por fuera de toda discusión los supuestos facticos relativos a que la demandante mantuvo un vínculo matrimonial con el señor *Daniel Velásquez Villamil*; que el causante prestó sus servicios personales a la empresa extinta *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* entre el 11 de junio de 1956 hasta la data de su deceso; y que falleció el 5 de diciembre de 1969, lo que se extrae del Acta de Matrimonio expedida por la Parroquia Nuestra Señora del Carmen, Diócesis de Vélez-Santander (Fl.93), Certificación del 14 de junio de 2016 expedida por el Secretario General del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, donde consta el tiempo de servicio laborado por el causante (Fls. 23 a 25) y Escritura Pública del 7 de enero de 1970, expedida por el Notario Quinto del Circuito de Bogotá, donde consta el fallecimiento del señor *Daniel Velásquez* (Fl. 94).

En tal contexto, lo que solicita la recurrente es el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir de la aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, conforme al principio de la retrospectividad de la Ley. De este modo, pretende que a un hecho que sucedió el 5 de diciembre de 1969, como lo fue la muerte del causante, se le aplique una disposición que entró a regir el 1° de abril de 1994.

Desde este punto de vista jurídico, no comparte esta Sala lo sostenido por la parte recurrente, por cuanto como lo ha adoctrinado en forma reiterada y pacífica la SL de la CSJ<sup>1</sup> la norma con la que se debe dirimir la pensión de sobrevivientes es la vigente para la fecha en que se produce el deceso del trabajador o afiliado. Además, porque la jurisprudencia del órgano de cierre de esta Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el artículo 16 del C.S.T. dispone que las normas del trabajo y de la seguridad social tienen efecto general inmediato y no tienen consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

Por ende, se debe acotar que las normas del trabajo y de la seguridad social están llamadas a gobernar situaciones jurídicas en curso y no cobijar las ya consumadas o definidas con normas anteriores, por carecer precisamente de efectos retroactivos,

---

<sup>1</sup> CSJ SL 2 may. 2012, 40438, CSJ SL 15 may. 2013, 39559, CSJ SL 30 abr. 2013, 45815, CSJ SL 540-2013, CSJ 24 abr. 2013, 40523, CSJ SL13039-2017, SL2920-2017, CSJ SL1985-2018, y CSJ SL 143 de 2019, entre muchas otras



para así no afectar los derechos adquiridos y mucho menos extender sus efectos a situaciones consolidadas en el pasado.

Lo anterior postura, la ha decantado la jurisprudencia de la honorable CSJ en sentencia SL 540-2018, Radicación No 57.441, al indicar:

*“En este sentido, el Tribunal no se equivocó cuando afirmó que la normatividad aplicable al presente asunto era la vigente al momento del fallecimiento del pensionado [...] ya que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado de manera constante que el artículo 16 del C.S.T. dispone que las normas del trabajo y de la seguridad social tienen efecto general inmediato y no tienen consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, de donde se impone que, para efectos de la pensión de sobrevivientes, la legislación aplicable será la que se encuentre en vigor para la fecha de ocurrencia del deceso.*

*“[...]”*

*“Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores[...]”.*

En igual sentido, en la sentencia SL 5539-2019, Radicación No 79.271, se estableció:

*“Por tanto, le corresponde a la Sala definir si es procedente otorgar la pensión de sobrevivientes con base en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a una persona beneficiaria de un trabajador que falleció en 1981.*

*“Para dar respuesta a este problema jurídico, conviene recordar que en materia laboral y de la seguridad social, rigen dos principios de aplicación de la ley en el tiempo: retrospectividad e irretroactividad de la ley.*

*“Se considera que una ley tiene efectos retrospectivos cuando se aplica inmediatamente a los contratos de trabajo en ejecución o a situaciones en curso. Al respecto el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que «las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiezan a regir».*

*“Por su parte, la retroactividad es la aplicación de la ley a situaciones ya definidas o consolidadas conforme a normas anteriores. Este efecto de la ley hacia el pasado, se encuentra expresamente prohibido en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*“Con base en lo anterior, esta Corporación, de manera reiterada, ha sostenido que para efectos de la pensión de sobrevivientes la ley aplicable es la vigente al momento de la muerte del afiliado o pensionado (CSJ SL10146-2017). Ello, bajo el entendido de que «este beneficio prestacional busca amparar o proteger al*



*núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normativa posterior o futura» (CSJ SL450-2018).*

*“Estas breves consideraciones descartan rápidamente la posibilidad de revisar el derecho reclamado por la demandante a la luz de la Ley 100 de 1993, pues esta normativa fue promulgada más de una década después del fallecimiento del trabajador.”*

Bajo el anterior panorama, el argumento esgrimido por la parte actora en el recurso de alzada resulta infundado, pues lo que pretende la recurrente, en últimas, es la aplicación de la Ley 100 de 1993 en su versión original a un hecho consumado en el pasado, pues, dado que el fallecimiento del pensionado acaeció el 5 de diciembre de 1969 (Fl.94), la controversia no puede ser definida con normas posteriores, por cuanto, como se vio, la legislación aplicable resulta ser la vigente a dicha fecha sin que pueda alterarse por las posteriores modificaciones legales, tal como lo prohíbe de manera expresa el artículo 16 del C.S.T.

Finalmente, no sobra mencionar que la parte accionante tampoco tiene derecho a que conforme a la norma vigente al momento de su deceso, esto es, el Decreto 3135 de 1968, se le reconozca y pague el derecho pensional alegado, puesto que para dicha data no existía el derecho de la cónyuge supérstite a percibir una pensión de sobreviviente; más bien, acaecía era en caso de muerte de un empleado público o trabajador oficial en servicio el pago de una compensación a título de seguro por muerte, correspondiente a 12 o 24 meses del sueldo devengado del causante al momento de su deceso, dependiendo si la ocurrencia de la muerte fue por causa de enfermedad general o fue producto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, dirigida a sus beneficiarios en el orden establecido por la misma normatividad, como lo consagra el artículo 34 y 35 *ejusdem*.

En el *sub-Lite*, se evidencia en el expediente administrativo allegado por la accionada con la contestación de la demanda (Fl. 184), (i) Resolución No 503 de 1970, expedida por el Jefe del Departamento de Personal de la empresa extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, donde se le reconoció y ordenó pagar a la señora *Ana de Jesús León de Velásquez* y a los hijos legítimos del causante, el seguro de vida; y (ii) Certificado de reconocimiento de prestaciones sociales No 37.170 del 5 de mayo de 1970 expedida extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, donde consta el pago de \$27.422,71 por concepto de seguro de vida, surgiendo así una situación jurídica consolidada de la cual no puede operar el principio de la retrospectividad para el reconocimiento de la prestación pensional objeto de debate.



Por las razones expuestas se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

**DECISIÓN:**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral No. 1100131050 35 2018 00189 01  
Demandantes: HECTOR ESTEPA CASTRO  
Demandados: INGENIERÍA Y MANTENIMIENTO S.A.S Y OTRO  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de julio de 2019.

**I.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Héctor Estepa Castro*, formuló demanda ordinaria laboral, la cual fuera reformada (Fls. 546 a 562), contra las sociedades *Colmena Seguros S.A.* e *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, a fin que se declare la nulidad de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, efectuado por la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, y en consecuencia se condene a *Colmena Seguros S.A.* a reliquidar la indemnización por pérdida de la capacidad laboral con base en el real salario devengado antes del siniestro, solucionado por la sociedad *Ismocol S.A.*, así como la reliquidación con base en el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, más las incapacidades médicas generadas entre el 20 de febrero y el 7 de octubre de 2013, el subsidio por incapacidad temporal, más los intereses moratorios y la indexación. De manera subsidiaria, depreca se condene al pago de dichos emolumentos a la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como supuesto fáctico refirió que estuvo vinculado laboralmente con la sociedad *Ismocol de Colombia S.A.* mediante contratos de trabajo por duración de la obra o labor desde el año 2009 hasta el 2012; que el salario equivalía a la suma de \$2.141.610, y para el mes de abril de 2011 incluyendo horas extras, percibió como salario la suma de



\$3.352.000, en mayo devengó la suma de \$1.834.000 y en junio de 2011 \$2.289.000, siendo el promedio mensual la suma de \$2.491.666

Que el 24 de junio de 2011 sufrió un accidente de trabajo, el que fue reportado a la ARL; que el contrato de trabajo vigente para dicha data culminó el 30 de noviembre de 2011, y fue nuevamente vinculado el 17 de enero de 2012, debiendo solicitar una cita médica particular al no ser factible a través de la EPS, siendo incapacitado entre el 22 y el 28 de febrero de 2012; que presentó carta de renuncia por “*persecución laboral*” el 28 de febrero de 2012; que el 9 de octubre de 2013 *Saludcoop E.P.S.* calificó el evento como de origen laboral, lo cual fue ratificado por la ARL, dictaminando además una pérdida de la capacidad laboral del 15,25%, el que fuera modificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez Boyacá en el 26,28%, lo cual fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estableciendo además como fecha de estructuración el 20 de febrero de 2013.

Que el 12 noviembre de 2015 *Colmena Seguros S.A.* canceló por concepto de indemnización por pérdida de capacidad laboral, la suma de \$21.096.863 con base en la calificación proferida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; que de igual manera solucionó las incapacidades del 8 de octubre de 2013 al 12 de noviembre de 2014 por valor de \$1.900.000, pese a que devengaba el salario de \$2.141.600; que las incapacidades del 20 de febrero de 2013 hasta el 08 de octubre de 2013 no fueron reconocidas por la ARL, toda vez que fueron solucionadas por la EPS con base en el salario mínimo legal mensual vigente; que el 24 de noviembre de 2016 solicitó una recalificación, y mediante dictamen del 3 de marzo de 2017 se estableció una pérdida de la capacidad laboral del 20.05% y al desatar el recurso de apelación la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá la estableció en el 34.05%, estructura el 20 de febrero 2013; finalmente la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la estableció en el 33,25%, por lo que la ARL solucionó la suma de \$7.934.217; que para el mes de febrero de 2013 existieron conversaciones de contratación con la sociedad *Ingeniería y Mantenimientos S.A.S.*, con un salario de \$1.900.000; que el contrato nunca se suscribió ni ejecutó actividad alguna, no obstante la sociedad lo afilió erróneamente al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales; que el reconocimiento y pago de prestaciones asistenciales y subsidios por incapacidad temporal las canceló la ARL sobre una base de liquidación errónea, por valor de \$1.900.000; que el 1º de febrero de 2018 radicó derecho de petición, frente a lo cual la sociedad dio respuesta corroborando que no existió el vínculo laboral; de igual manera elevó petición ante la ARL solicitando se reliquidaran las indemnizaciones e incapacidades, lo cual se desató de manera negativa; finalmente que en virtud de una acción de tutela, se corroboró el origen laboral de la patología.



### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La sociedad *Colmena Seguros S.A.* contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones manifestando que el demandante estuvo afiliado desde el 23 de febrero de 2013 hasta el 5 de marzo de 2013 como empleado de la sociedad *Ingeniería y Mantenimientos S.A.S.*; que la liquidación de las prestaciones económicas se realizó con base en el IBL correspondiente para los eventos de enfermedad laboral, de conformidad con lo previsto en el artículo 5º de la Ley 1562 de 2012, esto es, con base en el último ingreso base de cotización, que fue el devengado con la sociedad *Ingeniería y Mantenimientos S.A.S.*

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa, prescripción y cobro de lo no debido.

Por su parte la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.* contestó la demanda indicando que el accionante hizo parte de un proceso de selección, no obstante, no se suscribió el contrato de trabajo, pese a lo cual aparentemente, quedó un registro en la ARL, el cual no debe influir para el cálculo de la base de liquidación de las prestaciones a las que eventualmente podía tener derecho el actor.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de responsabilidad en cabeza de la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, inexistencia de afiliación formal al Sistema de Seguridad Social Integral por parte de la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, inexistencia de IBC en relación con la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, no causación de prestaciones económicas relacionadas con la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, prescripción, y la genérica.

### **III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 31 de julio de 2019, absolvió a las demandadas de todas las y declaró probadas las excepciones propuestas denominadas inexistencia de la obligación, falta de causa y prescripción.

Inicialmente frente a la *nulidad* de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales efectuada por la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.* a la compañía de seguros *Colmena Seguros S.A.*, refirió que dicho acto jurídico se verificó por el acuerdo de voluntades de la sociedad y el demandante, quien se presentó a un proceso de incorporación laboral, y pese a ello, una vez incluso había aceptado verbalmente, no



se presentó a realizar exámenes de ingreso y capacitación, por lo cual se dio una espera prudencial para proceder a informar a la ARL la desafiliación, acuerdo de voluntades que permitió válidamente la de conformidad con la Ley 1562 de 2012; aunado a ello, que en gracia de discusión dicha pretensión se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo, pues la afiliación estuvo vigente entre el 23 de febrero y el 5 de marzo de 2013, se elevó petición en marzo de 2014 y la demanda se radicó el 5 de abril de 2018.

En lo atinente a la *reliquidación de la indemnización permanente parcial* por la pérdida de capacidad laboral, con el salario promedio devengado en la sociedad *Ismocol de Colombia*, señaló que el artículo 5º de la Ley 1562 de 2012, estableció como IBL el promedio del último año o de la fracción, y teniendo en cuenta que la primera calificación data del 8 de octubre de 2013, en el año anterior sólo se reporta el IBC de la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, por lo cual le asistió a la ARL, al calcular con el salario de \$1.900.000.

Frente a las *incapacidades* del 20 de febrero al 7 de octubre de 2013, estimó que las incapacidades del 20 de febrero al 18 de agosto de 2013 fueron por enfermedad general y se solucionaron por la EPS, por lo cual no estaban a cargo de la ARL; de igual manera las incapacidades del 19 de agosto de 2013 al 7 de octubre de 2013, son por enfermedad profesional y le corresponden a la ARL, sin embargo se encuentran afectadas por la prescripción, pues radicó la petición el 28 de octubre de 2014, se emitió respuesta el 2 de diciembre de 2014 y solo se demandó hasta el 5 de abril de 2018.

Respecto de la *diferencia en el subsidio por incapacidad temporal* de octubre de 2013 a noviembre de 2014, que se debe liquidar con el último IBC anterior al inicio de la incapacidad médica, por lo cual le asistió la razón a la ARL al verificar el pago con el IBL de \$1.900.000 reportado por *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, aunado a ello que esta pretensión también se encuentra prescrita.

Finalmente, frente a las *incapacidades* del 12 de noviembre de 2014 a la actualidad, que sólo se aportó la incapacidad del 28 de marzo a 3 de abril de 2018, la que excedería los 720 días que ya cubrió la ARL y que es el límite temporal para su reconocimiento, aunado a ello que no se allegó una prueba que acredite una vulneración al mínimo vital por no haber accedido a dicho interregno y además las patologías de dicha incapacidad no corresponden con las calificadas como de origen profesional.

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN:**



La parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando que tanto el demandante como la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, negaron la existencia del contrato de trabajo, sin que los acuerdos precontractuales permitan tener en cuenta la afiliación que se realizara al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, por ende, no es dable acoger el salario reportado por dicha sociedad a efecto de liquidar las prestaciones económica deprecadas, debiendo acoger el realmente devengado en la sociedad *Ismocol de Colombia S.A.*, que ascendió a la suma de \$2.491.610, tal como lo consagran los artículos 18 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 1771 de 1994.

De igual manera refiere que en la Circular 10 del 3 de febrero del año 2017, del Ministerio del Trabajo, se establece que las ARL tienen la obligación de reconocer las incapacidades de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo, máxime que por su patología no ha podido vincularse laboralmente, lo cual se acompasa con la sentencia T-777 de 2013, en la cual se adoctrinó que las ARL no se eximen de responsabilidad en los reconocimientos de incapacidades después del día 720.

#### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

Por activa se aduce que el actor estuvo vinculado laboralmente con la empresa *Ismocol de Colombia S.A.*, y tal como se refirió en la demanda, el promedio mensual devengado en los últimos 3 meses de trabajo ascendió a la suma de \$2.491.666; que el 13 de marzo de 2012 fue practicada la resonancia magnética en la conducta vertebral, la cual arrojó como hallazgos disminución de la intensidad de señal de núcleos pulposos de los discos intervertebrales L3-L4 a L4-L5, por cambios degenerativos, anterolistesis grado I de L4/L y disminución de la altura de los espacios intervertebrales L3-L4 y L4-L5, entre otras, renunciando a su trabajo el 28 de febrero del año 2012; que para el mes de febrero del año 2013, existieron conversaciones de contratación con la empresa *Ingeniería y Mantenimientos S.A.S.*, con un salario de \$1.900.000, no obstante, nunca existió un contrato firmado ni afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, y como acto erróneo fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, por lo que las prestaciones económicas se cancelaron sobre una base de liquidación errónea, por valor de \$1.900.000, por lo cual debe revocarse la sentencia de primera instancia, al existir una indebida valoración probatoria, para en su lugar disponer la reliquidación con el promedio de lo realmente devengado.

Por su parte la accionada, refirió que la afiliación del demandante a *Colmena Seguros S.A.* que realizó la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.* es legal y produce todos



los efectos legales, no siendo dable desatenderla por ninguna de las administradoras del Sistema de Seguridad Social, por lo cual se reconocieron y solucionaron las incapacidades temporales con el IBL que establecen las normas que regulan la materia y por ello no hay lugar a reliquidación de las mismas, máxime que no es viable un doble pago de las reconocidas por la EPS.

## **V.- CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado y reunidos los presupuestos procesales para decidir de fondo, corresponde a esta Colegiatura determinar (i) si procede la nulidad de la afiliación a la ARL por parte de la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.*, al no existir contrato de trabajo que vinculara al actor; (ii) si como consecuencia de lo anterior se deben reliquidar las prestaciones económicas aducidas en el libelo genitor; y (iii) si se deben solucionar las incapacidades con posterioridad al día 720.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente debe referirse que el accionante pretende se reliquiden las prestaciones económicas derivadas del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, específicamente la *incapacidad permanente parcial* y los *subsidios por incapacidad temporal*, señalando que el IBL que fuera acogido por la ARL accionada por valor de \$1.900.000, proviene de una errada afiliación por la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.* al no haberse perfeccionado el contrato de trabajo, motivo por el cual, para todos los efectos legales, debe tomarse el IBL reportado en debida forma por la sociedad *Ismocol de Colombia S.A.*, con la cual si se suscribió y ejecutó contrato de trabajo, siendo el promedio salarial devengado la suma de \$2.491.610.

Para la prosperidad de dichas pretensiones deprecó la *nulidad* de la afiliación. Ahora bien, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 35164 del 28 de abril de 2009, “*El Sistema de Riegos Profesionales establecido a partir de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Legislativo 1295 de 1994, que unificó los regímenes preexistentes, se define como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que tienen la finalidad de prevenir, proteger y atender las consecuencias que se derivan de los riegos profesionales, esto es, de los accidentes o enfermedades que pueden padecer las personas por causa u ocasión del trabajo o actividad desarrollada*” [...] “*Dicho sistema*



*centra la protección esencialmente en la población asalariada o trabajadores dependientes, sin excluir otros sectores como es el caso de los independientes, respecto de los cuales se tiene prevista la afiliación voluntaria”.*

De igual manera debe acotarse que el Sistema General de Seguridad Social en riesgos Laborales fue concebido y organizado a partir del Decreto 1295 de 1994, sobre la base de las relaciones de trabajo subordinado, toda vez que en el artículo 4º literales c) y d), se consagró que todos los empleadores deben afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales y que la afiliación de los trabajadores dependientes es obligatoria para todos los empleadores.

A su vez, la Ley 1562 de 2012, en su artículo 13 estipula que los trabajadores dependientes serán afiliados obligatorios del sistema, motivo por el cual, a efectos de la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales, debe mediar un contrato de trabajo.

En el presente evento se tiene que al plenario se aportó la misiva del 3 de marzo de 2016 (Fl. 135), en la cual la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.* refiere que la afiliación a la ARL, obedeció a que el actor *“estuvo participando como candidato en un proyecto que se realizó con Perú pero a la final no fue legalizada la contratación”*, consignándose además en la respuesta al derecho de petición del 12 de febrero de 2018, que no concluyó la vinculación laboral por cuanto *“nunca se presentó a los exámenes médicos de rigor como tampoco a las capacitaciones necesarias para el ejercicio de su cargo”* (Fl. 137).

Por otra parte en derecho de petición del 1 de septiembre de 2017, elevado por *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.* a la ARL, se consignó que el actor trabajaría en un proyecto en el cargo de capataz, no obstante no se presentó a los exámenes médicos de rigor ni a la capacitación, por lo cual *“esperamos un tiempo prudente para que se presentara con la explicación respectiva ocho (8) días en vista que no lo hizo procedimos a efectuar el correspondiente retiro de ARL Colmena”* (Fl. 329).

Finalmente, no se debe soslayar que, en escrito del 3 de noviembre de 2017, dirigido de igual manera por la sociedad a la ARL, se estableció que *“el señor Estepa, de forma verbal aceptó inicialmente trabajar con IMSACOL, y ello originó una afiliación a la ARL Colmena, el señor Estepa nunca se presentó a las instalaciones”* (Fl. 530).

De lo anterior se tiene que se acreditó que la afiliación a la ARL se originó en el proceso de selección en el que participó el accionante, quien además, según la última



documental analizada, *aceptó verbalmente*, lo cual habilitó a la sociedad a verificar la respectiva afiliación para amparar las contingencias que ampara el sistema, y además, la sociedad decidió *motu pro prio* y ante la conducta omisiva del demandante en no comparecer a los exámenes de ingreso y capacitación, *mantener* la afiliación a la ARL, durante diez (10) días, motivo por el cual no le resultan oponibles a la ARL las contingencias que se presentaron entre la sociedad *Ingeniería y Mantenimiento S.A.S.* y el demandante frente a la ruptura de una oferta laboral que ya había sido *aceptada verbalmente* y daba vía libre a la afiliación, así como la decisión de la sociedad de mantenerla durante un período de tiempo mientras se esperaban explicaciones del incumplimiento de las obligaciones, así sea en etapa precontractual, que ya había asumido el actor.

Por ende no es dable estimar que en el presente evento la afiliación se encuentra viciada de nulidad, pues no se acredita la existencia de un vicio del consentimiento, sino, *a contrario sensu*, la aceptación libre y voluntaria de manera verbal de una oferta laboral, y un posterior incumplimiento para perfeccionar el contrato de trabajo de presentarse al examen de ingreso y capacitación, así como la decisión de la sociedad de mantener en el tiempo una afiliación, hechos estos que en manera alguna se traducen en una causal de nulidad del acto jurídico de afiliación, y que además no resultarían oponibles a la ARL, quien frente a la afiliación, asumió las contingencias del Sistema.

En ese orden de ideas, no es dable estimar que se haya configurado una nulidad de la afiliación, aunado a ello que lo que se evidencia es un incumplimiento de una oferta previamente aceptada, sin que sea dable que el accionante se beneficie de su propia omisión en virtud del principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, esto es, que no puede el actor beneficiarse de su propia conducta negligente al aceptar la oferta de trabajo y no presentarse a la perfección del contrato.

En ese orden de ideas se mantendrá incólume la absolución de las pretensiones consecuenciales de la nulidad deprecada, esto es la reliquidación de las prestaciones económicas de *incapacidad permanente parcial* y los *subsidios por incapacidad*, máxime que el *a-quo* llegó a la conclusión que, en gracia de discusión, dichas prestaciones se encuentran prescritas declarando probada dicha excepción, lo cual no objeto de reproche por activa.

Una vez determinado lo anterior, aduce el recurrente que la ARL debe solucionar las incapacidades que se causen con posterioridad al día 720. Sobre el particular la ARL acreditó el haber reconocido incapacidad por más de 720 días (Fls. 501 y 502), y tal



como lo dijo el *a-quo*, al plenario con posterioridad a dichos pagos, solo se aportaron las incapacidades del 28 de marzo a 3 de abril de 2018, cuyo pago deprecia el actor aduciendo que las ARL tienen la obligación de reconocer las incapacidades de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo que supere los 720 días, como lo ha referido la Corte Constitucional en la sentencia T-777 de 2013.

Sobre el particular se debe referir que la incapacidad temporal generada por una enfermedad profesional no se sufraga de manera indefinida, puesto que se establece un término de 180 días, prorrogable por un término igual y superado el término, cuando exista concepto favorable de rehabilitación podrá postergar el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales, para un total de 720 días, no obstante según el artículo 3º de la Ley 776 de 2002, hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez se deberán continuar cancelando el subsidio por incapacidad temporal.

En el presente caso se evidencia que ya fue emitida calificación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estableciendo el grado de incapacidad, por lo cual, en principio no era dable reconocer incapacidades que superen el término legalmente establecido.

Por otra parte, en la sentencia T-777 de 2013, a *contrario sensu* de lo alegado por el recurrente, se establece:

*“Del análisis de las normas citadas, debe resaltarse que para determinar las prestaciones económicas a las que tienen derechos los afiliados al Régimen General de Riesgos Laborales en casos de accidente de trabajo o enfermedad laboral, es importante determinar la naturaleza de las incapacidades médicas que genera el evento catastrófico, las cuales pueden ser temporales o permanentes. Si las incapacidades son temporales, debe establecerse si existe concepto favorable de rehabilitación del afectado. Si se expide tal concepto, las administradoras de riesgos laborales deben reconocerle al trabajador subsidios por incapacidad temporal durante 180 días, prorrogables por otros 180 días. Adicionalmente, si luego de este lapso se reitera el concepto médico favorable de rehabilitación, este lapso puede ser prorrogado por 360 días adicionales. Esto quiere decir que, en el evento de accidentes de trabajo o enfermedades laborales, las normas legales consagran el reconocimiento del subsidio por incapacidad laboral por un lapso de 720 días, cuando existe concepto favorable de rehabilitación.*

*“[...]*

*“La decisión de Colpatria S.A. de suspender la cancelación de los subsidios por incapacidad laboral [...], luego de haberle reconocido esa prestación durante aproximadamente 1272 días y de que fuera calificado con una pérdida*



*permanente parcial de su capacidad laboral, no vulnera el derecho al mínimo vital del actor.*

*"[...]"*

*"Siguiendo el precedente expuesto, la Sala Primera de Revisión debe concluir que Colpatria S.A. no le vulneró los derechos fundamentales [...] con la decisión de suspenderle la cancelación de los subsidios por incapacidad laboral, ya que las normas legales consagran el reconocimiento de esa prestación por un lapso máximo de 720 días y, en el caso concreto, el actor recibió ese subsidio por cerca de 1272 días".*

*"No obstante, debe indicarse que el Sistema de Seguridad Social Integral establece el derecho de las personas que han sido calificadas con una pérdida permanente parcial de su capacidad laboral a obtener la revisión de sus dictámenes. Por lo tanto, el actor puede solicitar una nueva calificación de su pérdida de capacidad laboral para que se determine si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez".*

En ese orden de ideas, dicho precedente en manera alguna refiere que las ARL deben reconocer incapacidades por un período que supere los 720 días. Por lo anteriormente expuesto, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 35 2018 00586 01  
Demandante:                        EDUARDO ARIZMENDI MUÑOZ  
Demandado:                         FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES  
    NACIONALES DE COLOMBIA  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral Del Circuito de Bogotá, el 26 de septiembre de 2019, al ser condenada la entidad accionada y fungir La Nación como su garante.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Eduardo Arizmendi Muñoz* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que el *Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, es el ente obligado al pago de la *pensión sanción* por el tiempo que prestó para el hoy extinto *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, en consecuencia de lo anterior se condene al reconocimiento y pago de la pensión solicitada a partir del 6 de enero de 2017, fecha en la cual cumplió los 60 años de edad; adicionalmente solicitó el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre como también la indexación, las costas, y lo ultra y extra petita que se logre probar dentro del proceso.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que sostuvo una relación laboral con la empresa *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, en calidad de trabajador oficial, desempeñando a su retiro el cargo de Celador EST Puerto Salgar; que laboró para la empresa ya mencionada desde el 14 de julio de 1980 hasta el 29 de noviembre de 1991, consolidando



un tiempo de servicios de 4041 días, esto es 11 años. 2 meses y 21 días; que el último salario devengado fue \$193.241,33, con el cual se le liquidaron las prestaciones sociales al momento del retiro, según la Resolución No. 051890 de diciembre 27 de 1991. Informó que nació el 5 de enero de 1957 por lo cual acreditó los 60 años de edad el 5 de enero de 2017.

Que el motivo del retiro fue la supresión del cargo con derecho a indemnización, lo cual no se constituye en justa causa para dar por terminado el contrato, por lo tanto, el retiro se produjo de manera unilateral, arbitraria y sin justa causa; que hasta la fecha no ha disfrutado, ni ha recibido ninguna prestación legalmente incompatible con la pensión sanción solicitada. Finalmente, que se realizaron en varias ocasiones el reclamo ante la entidad demandada, sin obtener resultado favorable.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el *Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, está facultado para ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas en defensa de los intereses relacionados con la empresa de *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*. Indicó que no procede el reconocimiento de la pensión sanción debido a la incompatibilidad entre la pensión de invalidez que viene disfrutando y la solicitada en el presente proceso.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, genérica, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago y falta de causa y título para pedir.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 26 de septiembre de 2019, condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión sanción a partir del 5 de enero de 2017 en cuantía inicial de \$737.717 y a cancelar la suma de \$29.421.174,11 por concepto de retroactivo pensional, causado en el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2017 y el 30 de septiembre de 2019, incluyendo las mesadas adicionales y reajustes anuales, de igual manera a a pagar las mesadas pensionales a partir del 1° de octubre de 2019.



Lo anterior por cuanto consideró que, el demandante cumplió con los requisitos del artículo 8° de la ley 171 de 1961, debido a que prestó servicios para *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* durante 11 años, 2 meses y 21 días, y la condición de retiro en razón a la supresión del cargo y la posterior liquidación de la entidad que, aunque se dio de forma legal, no significa que esa finalización fue con justa causa.

Porvenir le reconoció pensión de invalidez al demandante a partir del 26 de noviembre de 2010, por lo que se estableció que no existe incompatibilidad en las prestaciones pues la pensión sanción no tiene como objeto cubrir las contingencias de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, aunado a ello que la pensión sanción no es pagada del erario público, sino por el empleador, por lo que no existe razón alguna para que se prive al actor de la pensión sanción.

Refirió que se debe reconocer la mesada adicional 14, debido a que la pensión se causó con el retiro del servicio y el tiempo laborado, siendo la edad un requisito para la exigibilidad de la pensión, habiendo así causado la pensión antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En cuanto al pago esta se daría a partir del 5 de enero de 2017, fecha en la cual el demandante cumplió 60 años de edad. Para establecer el monto a pagar, tuvo en cuenta el salario base devengado por el actor en el último año de servicios, más la prima de antigüedad, esto es \$112.275, monto al cual se le aplicó la tasa de reemplazo acorde al tiempo de servicios que prestó, esto es 42.9%, arrojando el valor de la primera mesada pensional inferior del salario mínimo y debido a que una persona no puede recibir una pensión inferior, el valor de la pensión es \$737.717.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Teniendo en cuenta que la sentencia fue desfavorable a la parte demandada *Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, y que La Nación finge como su garante, es menester desatar el grado jurisdiccional de consulta.

### **IV. ALEGATOS:**

Por pasiva se reitera en los alegatos de conclusión, que al accionante ya le fue reconocida la pensión de invalidez, la que resulta incompatible con la pensión pretendida en el *sub-examine*.



## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales y habiéndose agotado la reclamación administrativa, la Sala determinará si hay lugar a reconocer la pensión sanción y verificar cuál norma le era aplicable para ello.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

De conformidad con el art. 8 de la Ley 171 de 1961, la pensión proporcional de jubilación se causa:

*“(i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad”*

*“(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y*

*“(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad”.*

En punto de lo anterior, la Sala determinará si el actor cumplió con los requisitos de alguna de las situaciones antes mencionadas.

En el caso concreto y respecto de los tiempos de servicios, se aprecia que se probó que el accionante se vinculó a *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* del 14 de julio de 1980 al 30 de noviembre de 1991, según consta en el certificado de retiro laboral expedido por el extinto *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* (Fls. 16 y 17).

Así mismo, que el vínculo feneció por la supresión del cargo, lo cual que si bien constituye un motivo legal de extinción del vínculo laboral, no representa una justa causa de despido, de las definidas de manera taxativa en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, y en consecuencia, la terminación del vínculo laboral se entiende injusta, como lo ha dicho en reiteradas oportunidades el máximo órgano de



cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, más recientemente en la sentencia SL 224 de 2019, en la que refirió:

*“Ahora bien, el Tribunal también aclaró que, en todo caso, así el motivo de la terminación de la relación laboral hubiese sido la supresión y liquidación de la entidad, el despido seguiría siendo injusto. Dicha reflexión, de indudable connotación jurídica, tampoco aparece error alguno, como lo denuncia insistentemente la censura, pues esta sala de la Corte ha explicado con suficiencia que la supresión y liquidación de una entidad, si bien constituye un motivo legal de extinción del vínculo laboral, no representa una justa causa de despido, de las definidas de manera taxativa en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945. (...)*

Así las cosas, al haberse terminado de manera unilateral el contrato, para lograr el reconocimiento de la pensión sanción el demandante acreditó los requisitos para que se le reconozca la pensión sanción, pues los presupuestos de causación de la pensión bajo estudio hacen referencia al tiempo de servicios y en este caso, el despido sin justa causa.

Debe precisarse que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho, tal como lo ha precisado SL CSJ entre otras sentencias en la 51.859 del 26 de noviembre de 2014, resultando indiferente si el cumplimiento de la edad se produce en vigencia de la L. 100 de 1993 o con posterioridad al A.L. 01 de 2005, pues quienes se ubicaron en las hipótesis previstas por la L. 171 de 1961, tenían un derecho adquirido que el mismo preservó.

Cabe mencionar que en sentencia SL 10.902 de 2014 la CSJ expuso:

*“[...] en reciente determinación CSJ SL 818-13 (radicado 38786) [...] se explicó que la pensión de jubilación proporcional del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por la simple afiliación que se le hiciera, de manera que si el trabajador satisfizo los requisitos de dicha normativa (15 años, y mutuo acuerdo), es decir los dejó causados, independientemente de que la edad la hubiese cumplido con posterioridad. Así se unificó el criterio, que luego fue reiterado en la providencia SL889-13 (radicación 42962)”*

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer la pensión sanción de la L. 171 de 1961, a partir del 5 de enero de 2017 fecha en la cual la parte actora cumplió los 60 años de edad.



En cuanto al reconocimiento de la pensión de invalidez se pudo demostrar con base en el expediente administrativo que reposa dentro del expediente que Porvenir S.A.S., no tuvo en cuenta el tiempo que trabajó el demandante para *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, para el reconocimiento de ella. De igual manera, frente a la compatibilidad la Corte Constitucional en sentencia T-322 de 2016, señaló:

*“Respecto a la pensión sanción no hay plena certeza sobre la compatibilidad de ésta y la prestación de invalidez. Sin embargo, existen razones para concluir preliminarmente que ambas pensiones sí son compatibles como se mostrará a continuación.*

*“La primera de ellas, que el ordenamiento jurídico colombiano admite la concurrencia simultánea de pensiones en la medida en que se financian con aportes distintos, efectuados a fondos distintos o personas distintas, como ocurre en el caso de la pensión de invalidez de origen profesional y la pensión de vejez, así como la pensión de sobrevivientes. Lo anterior, ya que la pensión sanción se financia con los recursos del empleador, mientras que la pensión de invalidez surge de las cotizaciones efectuadas por el trabajador o el afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que su financiación tiene fuentes distintas.*

*“La segunda razón, atiende a la diferencia de función y finalidad de las dos prestaciones, puesto que aunque hoy en día la pensión sanción tiene una naturaleza prestacional, mantiene su contenido sancionatorio, es decir, aún persiste este componente de reproche contra el empleador por despedir sin justa causa a quien no había sido afiliado al sistema de seguridad social. Por el contrario, la pensión de invalidez tiene como finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral que le impide desempeñar su trabajo.*

*“En tercer lugar, la compatibilidad se sustenta adicionalmente en que el tiempo laborado que se tiene en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones es diferente. Es decir, estas son compatibles en la medida en que para el reconocimiento de la pensión de invalidez no se tiene en cuenta el tiempo laborado para el empleador encargado de pagar la pensión sanción. Así, la pensión sanción se genera en razón al tiempo laborado por el trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, y quien fue despedido sin justa causa, cuando aún no cumplía los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación.*

*“Por el contrario, la pensión de invalidez se otorga al afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones cuando este pierde el 50% o más de su capacidad laboral. Para esto, se requiere por regla general que se hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

*“En suma, las razones esbozadas permiten a la Corte concluir preliminarmente que una persona sí puede recibir simultáneamente las pensiones de invalidez y sanción, sin que esto ponga en riesgo la equidad y la eficiencia del sistema.*

Por otra parte, no se avizora que el accionante devengue dos prestaciones del erario público. Frete a dicha temática la SL CSJ en sentencia CSJ SL 5792 de 2014, refirió:



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

En ese orden de ideas, se tiene que le asistió razón al *a-quo* el condenar al reconocimiento y pago de la pensión.

Frente a la tasa de reemplazo, se aprecia que conforme a lo dispuesto en el art. 8 de la referida Ley, la tasa de reemplazo aplicable es el 42,09%, toda vez que como se dijo precedentemente, esta Sala encontró que laboró efectivamente un total de 11 años, 21 meses y 21 días, habiendo entonces un total de 4.041 días.

De igual manera es necesario aclarar que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base de liquidación, corresponden a los contenidos en el art. 1 de la L. 62 y L. 33 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, tal como lo determinó la SL CSJ, en sentencia rad. 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61.023 del 27 de enero de 2016<sup>1</sup>, precedente que acoge esta Sala.

En ese sentido, nuestro máximo órgano de cierre mediante sentencia SL 2427-2016, que reitera la radicado 52.399 del 17 de febrero de 2016, precisa:

*“Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L. 33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia de la SL CSJ del 10 ago. 2010 rad. 38885, reiterada recientemente en providencia SL 13192-2015.”*

---

<sup>1</sup> Sentencias con radicados 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61023 del 27 de enero de 2016, sin olvidar que en similar sentido a través del radicado 62723 del 23 de septiembre de 2015, también se pronunció.



Verificada la norma a aplicarse al presente caso, tan solo deben tomarse para efecto del cálculo de la primera mesada pensional, el valor correspondiente al sueldo básico y la prima de antigüedad.

Además, se debe clarificar que frente a la prima de antigüedad, la SL CSJ señaló que de ese concepto solo debía tenerse en cuenta una 60ava parte, atendiendo su criterio plasmado en sentencia SL 17066 de 2014, en la que precisó que tal valor no debía tomarse de manera total, sino que debía promediarse por la sesentava parte, en la medida que corresponde a un quinquenio que se paga una vez al año y no es una suma fija mensual.

Conforme al reporte contenido en el certificado de factores salariales obrante en el plenario (fl. 45) se tomará como factores salariales la suma de \$112.275.

Con base en los anteriores parámetros, se tiene que el IBL indexado a la fecha en que cumplió 60 años, esto es, al 5 de enero de 2018, aplicado el porcentaje de 49.09% como monto, determina un valor de \$ 526.713,04, el cual resulta ser inferior al SMLMV, y teniendo en cuenta que nadie puede devengar menos de un salario mínimo, por lo que se reconocerá como primera mesada un valor de \$737.717.

TABLA DE INDEXACIÓN						
Último Salario	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de indexación	Valor Indexado
			(A) última anualidad (diciembre 1991)	(B) última anualidad (diciembre 2016)	(F) = (B/A)	(C X F)
\$ 112.275	29/11/1991	5/01/2017	9,74343	93,11285	9,55648049	\$ 1.072.953,85
Último Salario Indexado						\$ 1.072.953,85
Porcentaje aplicado						49,09%
Valor Primera mesada						\$ 526.713,04

Por otra parte, tiene razón la parte demandante al solicitar que la pensión se reconozca sobre 14 mesadas anuales pues, como se dijo precedentemente, la edad en el caso de las pensiones restringidas es un requisito de exigibilidad, no de causación, por lo que la pensión en el presente caso se causó el 29 de noviembre de 1991, fecha en que culminó la relación laboral, tal y como lo precisó la SL CSJ en sentencia SL6473-2014, radicado 60.193 del 21 de mayo de 2014, en la que expuso: *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se*



*causó en noviembre de 1991, de tal forma que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”.*

Además, de la simple lectura del párrafo transitorio 6 del A.L. 01/2005, se aprecia que se exige que la pensión se cause antes del 31 de julio de 2011, no que se haga exigible antes de dicha data, al indicar: *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”*(Resalta la Sala).

Por tanto, habrá de condenarse al reconocimiento y pago de la pensión con base en los argumentos expuestos.

Debe aclararse que las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, en la medida que la fecha de exigibilidad de la pensión es el 5 de enero de 2017 y la demanda se presentó el 25 de septiembre de 2018.

Finalmente, frente a la indexación esta se torna procedente, como dijo el *a-quo*, en la medida que es claro que ante la existencia del fenómeno inflacionario el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir el demandante desde el momento de su causación, ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Frente al tema de la indexación, la SL CSJ en sentencia SL 11912 de 2017 dijo que:

*“[...]se trata de reconocer al beneficiario de una condena la pérdida de poder adquisitivo que experimenta el dinero en una economía inflacionaria como la nuestra, aspecto este último que reviste las características del hecho notorio, de manera que lo que se busca con tal instrumento es que el acreedor de la prestación no reciba tan sólo las especies a que nominalmente tenía derecho en un momento dado (su valor extrínseco), apocadas en su valor intrínseco por el paso del tiempo, sino que cuando las reciba conserven el mismo potencial económico que tenían para la época en la que debieron ser pagadas, esto es, conservado su poder de compra en el mercado (su valor intrínseco), por donde es obvio que con la indexación, en modo alguno, se sanciona al deudor de una determinada obligación de pagar sumas de dinero, porque con ella tan sólo se busca asegurar la el equilibrio*



*económico de las prestaciones en mercados con tendencia inflacionaria.”*

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, en el sentido de que es viable el pago de la Pensión Sanción a cargo de *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia* se fijó como monto de la primera mesada pensional la suma de \$ 737.717, resultante de aplicar una tasa de reemplazo del 49.09% al promedio de factores salariales devengados durante el último año de servicios, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI.DECISIÓN**

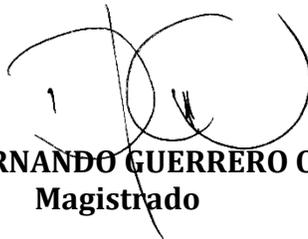
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

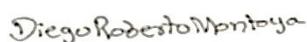
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco del Circuito dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

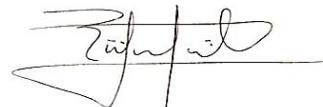
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



Ordinario Laboral                      1100131050 36 2018 00270 01  
Demandante:                              JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ  
Demandado:                                FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA  
**Magistrado Ponente:**                **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y demandada, contra la sentencia proferida en audiencia del 16 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

**I.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *José Antonio Ramírez* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que el *Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia* era el encargado del pago de la pensión restringida, en razón al tiempo que prestó para el hoy extinto *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*. En consecuencia, de lo anterior se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 15 de julio de 2017, debidamente indexada.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones manifestó que mantuvo una relación laboral con la hoy extinta *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, en calidad de trabajador oficial; que laboró para la empresa ya mencionada durante 13 años, 3 meses y 4 días, ocupando como último cargo el de soldador II; que fue despedido en razón a una supresión legal de su cargo a partir del 29 de diciembre de 1991, la cual no es justa causa de terminación; que devengó un salario promedio de \$282.169,19. Que nació el 15 de julio de 1957, por lo que el 15 julio de 2017 cumplió los 60 años de edad; que la entidad demandada negó la pensión sanción, debido a que recibe una pensión por invalidez por parte de Colpensiones, para lo cual se incluyó el tiempo de servicios prestado a *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, no obstante, la entidad demandada no le solucionó a Colpensiones el cálculo actuarial ni el bono pensional; finalmente que la empleadora era la encargada del pago de las pensiones a los trabajadores, al no descontar suma alguna de cotización a pensión.

**1.3 CONTESTACIÓN DEMANDADA:**



La accionada se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando que el *Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, le reconoció indemnización conforme al Decreto 1590 de 1989, la cual es incompatible con la pensión de jubilación, como también indicó que la entidad actuó de buena fe y conforme a derecho.

Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, genérica, ausencia de interés jurídico por la activa de obtener sentencia favorable a sus pretensiones en contra de mi representada, pago y compensación, falta de causa y título para pedir.

## **II.- SENTENCIA:**

El 16 de enero de 2020 el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la entidad demanda a pagar la pensión restringida de jubilación a partir del 15 de julio de 2017, por un valor equivalente a un salario mínimo mensual vigente, más las mesadas adicionales y los reajustes de ley.

Lo anterior por cuanto consideró que, según el artículo 8 del Decreto 1590 de 1989, las indemnizaciones son incompatibles con las pensiones que deben reconocerse, sin embargo dentro del mencionado artículo también indicó que en caso que se reconozca la pensión, los valores ya reconocidos en razón a la indemnización deberán ser descontados; anudado a ello indicó que al demandante Colpensiones le reconoció pensión de invalidez, la cual es diferente a la pensión de vejez y no se logró determinar que el empleador haya hecho aportes al Sistema General de Seguridad Social, por lo que se entiende que la fuente de financiación de ambas prestaciones es diferente; teniendo en cuenta lo anterior se probó que la pensión sanción de jubilación y la pensión de invalidez son compatibles.

Adicionalmente indicó que la pensión restringida de jubilación se causó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en tanto trabajó para el extinto *Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, desde el 25 de julio de 1975 al 29 de diciembre de 1991, esto es, durante 13 años, 3 meses y 21 días, cumpliendo con el primero de los presupuestos para acceder a la prestación reclamada; de igual manera, la terminación del vínculo laboral operó por la supresión del cargo, que aunque tuvo un origen legal, no le hace perder el carácter de despido sin justa causa.

En relación con la pensión, refirió que cumplió 60 años de edad el 15 de julio de 2015, y determinó como tasa de reemplazo de un 49,73%. El promedio de los salarios



devengados el último año de servicios arrojo un valor de \$109.297,11, valor que con la respectiva indexación, arrojaría una mesada inicial de \$661.564,83, por lo que el monto sería inferior al SMLMV, en virtud de lo cual se reconocerá como primera mesada pensional la suma de \$737.717.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante expuso que se tenga como IBL la suma de \$282.169.19 o en el valor de \$185,011.73, teniendo en cuenta los factores salariales de ley.

Por otro lado la entidad demandada presentó recurso de apelación señalando que al demandante se le reconoció pensión de invalidez por parte de Colpensiones, y si bien la pensión sanción reclamada tiene una naturaleza sancionatoria, lo cierto es que ambas apuntan a un objetivo de protección social; adicionalmente manifestó que no es posible acceder a la pensión de jubilación por cuanto el demandante no cumplió con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión sanción dispuesta en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que tuvo vigencia hasta la fecha en la cual entró a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

### **IV. ALEGATOS:**

Por pasiva se presentaron alegatos, reiterando que la pensión sanción es incompatible con la pensión de invalidez reconocida al actor, pues una interpretación contraria, implicaría un detrimento del patrimonial para el erario público.

### **V.- CONSIDERACIONES:**

#### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales y habiéndose agotado la reclamación administrativa, la Sala determinará si hay lugar a reconocer la pensión solicitada por el promotor de la litis, esto es, la establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961. De ser así, se estudiará si es procedente el reconocimiento de la mesada adicional 14.

#### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**



Conforme lo ha determinado la SL CSJ<sup>1</sup>, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, estableció tres situaciones distintas para las pensiones proporcionales de jubilación, a saber:

*“(i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad,*

*“(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y*

*“(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad”.*

En punto de lo anterior, la Sala determinará si el actor cumplió con los requisitos de alguna de las situaciones antes mencionadas.

En el caso en concreto y respecto de los tiempos de servicios, se aprecia que se probó que el accionante se vinculó al hoy extinto *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* del 25 de julio de 1978 al 29 de diciembre de 1991, según consta en el certificado reporte de ingreso expedido por el *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* el 18 de julio de 1978 (Expediente Administrativo). Se demostró asimismo que, el contrato de trabajo terminó por la supresión del cargo, tal y como se evidencia en la Resolución No. 7086 del 13 de diciembre de 1994.

Así las cosas, al haberse terminado el contrato sin justa causa, para lograr el reconocimiento de la pensión el demandante debió haber acreditado más de 10 años de servicios, coligiéndose que en el presente caso el actor superó tal término, pues laboró 4.774 días o 13 años, 3 meses y 4 días. Como consecuencia de lo anterior, acreditó los requisitos para que se le reconozca la pensión restringida, pues los presupuestos de causación de la pensión bajo estudio hacen referencia al tiempo de servicios y en este caso, al despido sin justa causa.

Debe precisarse que, el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho, tal como lo ha precisado SL CSJ entre otras sentencias en la 51.859 del 26 de noviembre de 2014, resultando indiferente si el cumplimiento de la edad se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues quienes se ubicaron en las hipótesis previstas por la Ley 171 de 1961, tenían un derecho adquirido que el mismo preservó.

---

<sup>1</sup> Sentencia 37312 del 3 de febrero de 2010.



Cabe mencionar que en sentencia SL 10.902 de 2014 la CSJ expuso:

*"[...] en reciente determinación CSJ SL 818-13 (radicado 38786) [...] se explicó que la pensión de jubilación proporcional del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por la simple afiliación que se le hiciera, de manera que si el trabajador satisfizo los requisitos de dicha normativa (15 años, y mutuo acuerdo), es decir los dejó causados, independientemente de que la edad la hubiese cumplido con posterioridad. Así se unificó el criterio, que luego fue reiterado en la providencia SL889-13 (radicación 42962)"*

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer la pensión restringida de la Ley 171 de 1961, sin que prosperen los argumentos de la alzada en lo antes estudiado.

Ahora bien, sobre la compatibilidad de la pensión sanción y la pensión de invalidez, la Corte Constitucional en sentencia T-322 de 2016, señaló:

*"Respecto a la pensión sanción no hay plena certeza sobre la compatibilidad de esta y la prestación de invalidez. Sin embargo, existen razones para concluir preliminarmente que ambas pensiones sí son compatibles como se mostrará a continuación.*

*"La primera de ellas, que el ordenamiento jurídico colombiano admite la concurrencia simultánea de pensiones en la medida en que se financian con aportes distintos, efectuados a fondos distintos o personas distintas, como ocurre en el caso de la pensión de invalidez de origen profesional y la pensión de vejez, así como la pensión de sobrevivientes. Lo anterior, ya que la pensión sanción se financia con los recursos del empleador, mientras que la pensión de invalidez surge de las cotizaciones efectuadas por el trabajador o el afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que su financiación tiene fuentes distintas.*

*"La segunda razón, atiende a la diferencia de función y finalidad de las dos prestaciones, puesto que aunque hoy en día la pensión sanción tiene una naturaleza prestacional, mantiene su contenido sancionatorio, es decir, aún persiste este componente de reproche contra el empleador por despedir sin justa causa a quien no había sido afiliado al sistema de seguridad social. Por el contrario, la pensión de invalidez tiene como finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral que le impide desempeñar su trabajo.*

*"En tercer lugar, la compatibilidad se sustenta adicionalmente en que el tiempo laborado que se tiene en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones es diferente. Es decir, estas son compatibles en la medida en que para el reconocimiento de la pensión de invalidez no se tiene en cuenta el tiempo laborado para el empleador encargado de pagar la pensión sanción. Así, la pensión sanción se genera en razón al tiempo laborado por el trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, y quien fue despedido sin justa causa, cuando aún no cumplía los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación.*

*Por el contrario, la pensión de invalidez se otorga al afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones cuando este pierde el 50% o más de su*



*capacidad laboral. Para esto, se requiere por regla general que se hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

*“En suma, las razones esbozadas permiten a la Corte concluir preliminarmente que una persona sí puede recibir simultáneamente las pensiones de invalidez y sanción, sin que esto ponga en riesgo la equidad y la eficiencia del sistema.*

De igual manera, frente a la tasa de reemplazo se aprecia que conforme a lo dispuesto en el art. 8 de la referida Ley, la tasa de reemplazo aplicable es el 49,73%, toda vez que como se dijo precedentemente, esta Sala encontró que laboró efectivamente un total de 13 años, 3 meses y 4 días, habiendo entonces un total de 4.774 días.

Respecto de los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base de liquidación, corresponden a los contenidos en el art. 1 de la L. 62 y L. 33 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, tal como lo determinó la SL CSJ, en sentencia rad. 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61.023 del 27 de enero de 2016<sup>2</sup>, precedente que acoge esta Sala.

En ese sentido, nuestro máximo órgano de cierre mediante sentencia SL 2427-2016, que reitera la radicado 52.399 del 17 de febrero de 2016, precisa:

*“Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L. 33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia de la SL CSJ del 10 ago. 2010 rad. 38885, reiterada recientemente en providencia SL 13192-2015.”*

Además, se debe clarificar que frente a la prima de antigüedad, la SL CSJ señaló que de ese concepto solo debía tenerse en cuenta una 60ava parte, atendiendo su criterio plasmado en sentencia **SL 17066 de 2014**, en la que precisó que tal valor no debía tomarse de manera total, sino que debía promediarse por la sesentava parte, en la medida que corresponde a un quinquenio que se paga una vez al año y no es una suma fija mensual.

En el presente caso, se verificaron las operaciones aritméticas correspondientes, por lo que en efecto corresponde a \$109.297,11, monto que una vez indexado al año 2017,

<sup>2</sup> Sentencias con radicados 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61023 del 27 de enero de 2016, sin olvidar que en similar sentido a través del radicado 62723 del 23 de septiembre de 2015, también se pronunció.



corresponde \$1.330.313,36, que al aplicar la tasa de reemplazo del 49,73% correspondería a \$661.564,83, por lo que le asistió razón a la *a-quo* al fijar la primera mesada en el SMLMC, esto es, \$737.717. Según lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia.

Debe acotarse que no es dable acoger como factores salariales la totalidad de lo devengado, y con base en lo cual fue liquidado el contrato, como se adujo por activa en el recurso de alzada.

Por otra parte, confirmará la sentencia en el sentido de declarar que la pensión se reconozca sobre 14 mesadas anuales pues, como se dijo precedentemente, la edad en el caso de las pensiones restringidas es un requisito de exigibilidad, no de causación, por lo que la pensión en el presente caso se causó el 29 de diciembre de 1991, fecha en que culminó la relación laboral, tal y como lo precisó la SL CSJ en sentencia SL6473-2014, radicado 60.193 del 21 de mayo de 2014, en la que expuso: *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, de tal forma que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”*

Además, de la simple lectura del párrafo transitorio 6 del A.L. 01/2005, se aprecia que se exige que la pensión se cause antes del 31 de julio de 2011, no que se haga exigible antes de dicha data, al indicar: *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”*.

Por tanto, habrá de condenarse al reconocimiento y pago de la pensión con base en los argumentos expuestos.

Debe aclararse las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, en la medida en que la fecha de exigibilidad de la pensión es el 15 de julio de 2017, y la demanda fue radicada el 4 de mayo de 2018 (Fl. 13), por lo que se entiende que las mesadas no se encuentran prescritas.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

## **VI.- 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;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** de la sentencia del 16 de enero del 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**Sala de Decisión Laboral**

Ordinario Laboral No. 110013105 036 2018 00439 01  
Demandantes: JOSELIN PINTO  
Demandados: COLPENSIONES  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**SENTENCIA:**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

**I. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Joselin Pinto*, inició a través de apoderado judicial, proceso ordinario laboral a efectos de que se le reconozca y pague la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, más los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, las mesadas adicionales, el retroactivo pensional y las condenas *extra y ultra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como supuesto fáctico refirió que nació el día 16 de julio de 1952, cumplió 60 años de edad el 16 de julio de 2012 y laboró para la Industria Militar de Colombia "Indumil", del 1 de febrero de 1976 al 30 de noviembre de 1976, con empresas del sector privado que realizaron cotizaciones al ISS como Inmetalac del año 1971 al año 1975, Petroservicios del año 1981 al año 1983 y Geophysical Service Incorporated GSI desde 1983 a 1989. Que los periodos laborados para los referidos empleadores no se reflejan en la historia laboral, por lo que solicitó corrección de la misma el 6 de junio de 2013.

Que solicitó la pensión de vejez a *Colpensiones*, la cual fue negada mediante Resolución No. GNR 107836 de fecha 24 de mayo de 2013, reconociendo la indemnización sustitutiva, la que fuera confirmada mediante Resoluciones No. GNR 150482 y No. VPB 35406, las que resolvieron los recursos de reposición y apelación respectivamente.



### **1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico, por cuanto el actor no cumple con los requisitos establecidos en la ley para ser acreedor del derecho solicitado y solicitó condenar es costas a la parte demandante.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

### **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de enero de 2020, absolvió a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, estableció que el actor no cuenta con los requisitos establecidos para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto no contaba con las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005 a la fecha de entrada en vigencia, para extender el beneficio de la transición al 31 de diciembre de 2014.

Ello en tanto no acreditó los periodos que manifestó haber trabajado para las empresas Inmetalac, Petroservicios y Geophysical Service Incorporated GSI, al no existir registro alguno que permita conminar a sus empleadores a efectuar el traslado del cálculo actuarial a favor de *Colpensiones* o de repetir esta última contra los empleadores en caso de mora en los aportes. Asimismo, respecto de la tarjeta de afiliación a que refiere el actor y que fue allegada con el expediente administrativo, esta no prueba la afiliación del actor, no es legible y hace alusión a una fecha que no coincide con las relatadas en la demanda.

Estimó que el actor no consolidó el derecho pensional acorde con lo establecido en la Ley 797 de 2003, pues al tener en cuenta los tiempos públicos al servicio de Indumil,



el demandante arribó a los 60 años en el año 2012 y contaba con menos de 1225 semanas de cotización.

Finalmente, que no fue objeto de la litis lo relativo al pago de la indemnización sustitutiva.

### **III.- RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación y para su prosperidad indicó que la tarjeta de afiliación que reposa en el expediente a pesar de no ser legible puede ser cotejada con los restantes documentos del expediente administrativo, y si es el caso, requerir a Colpensiones para obtener mayores pruebas y tener en cuenta esos tiempos. Asimismo, manifestó que no comprende por qué la demandada otorgó al actor la indemnización sustitutiva al cumplir los 60 años de edad y no la pensión de vejez a pesar de contar con más de 1000 semanas de cotización.

### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Por pasiva se adujo que el actor no conservó el régimen de transición con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que para julio de 2005 solo contaba con 611,11 semanas, sin que por activa se haya acreditado la existencia de relacionales laborales en las cuales no se hubiere efectuado el pago de cotizaciones.

### **V.- CONSIDERACIONES:**

#### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales, se determinará si se acreditaron los requisitos que permitían reconocer la pensión de vejez bajo del amparo del régimen de transición y en aplicación del acuerdo 049 de 1990 al señor *Joselin Pinto*.

#### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Conforme a la copia de su cédula de ciudadanía (Fl.57), el actor para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1º de abril de 1994, contaba con 41 años y 9 meses de edad, por lo que en principio sería beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto, sujeto del Acuerdo



049 de 1990. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las semanas de cotización, pues es de tenerse en cuenta que por virtud del parágrafo transitorio 4 del AL 01 de 2005, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho AL, en cuyo caso dicho régimen iría hasta el 2014; en el presente caso el actor acumula un total de 622,41 semanas al 25 de julio de 2005 conforme a la historia laboral aportada por la entidad en el expediente administrativo.

A su turno, el demandante no causó su derecho pensional antes del 31 de julio de 2010, por cuanto para dicha data no cumplía con el requisito de la edad establecida por en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es 60 años para los hombres, toda vez que el actor contaba tan solo con 58 años (Fl. 57).

Ahora bien, el actor manifiesta en el libelo de demanda, haber trabajado y cotizado al entonces ISS, hoy Colpensiones, a través de Inmetalac de 1971 a 1975, Petroservicios del año 1981 al año 1983 y Geophysical Service Incorporated GSI desde el año 1983 a 1989.

Al revisar los anexos de la demanda y cotejarlos con el expediente administrativo allegado por la demandada, se observa que el accionante solicitó corrección de la historia laboral el 7 de junio de 2013 y el 17 de mayo de 2016, por los periodos del 1 de enero de 1971 al 31 de diciembre de 1975 empresa Inmetalac (Fl. 46) y del 1º de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1989 con Geophysical Service Incorporated GSI (Fl. 34); sin embargo, no reposa en el expediente documento alguno que haya permitido a *Colpensiones* realizar dicha corrección o a esta Corporación a tener certeza que efectivamente el actor haya sido afiliado o haya laborado para los empleadores mencionados durante dichos interregnos.

Por el periodo que manifiesta haber cotizado a través de la empresa Petroservicios y que refiere sin especificar del año 1981 al año 1983, tampoco obra prueba alguna que permita tener en cuenta este tiempo.

En cuanto a la inconformidad del apelante respecto de la tarjeta de afiliación, observa la Sala que en el expediente administrativo obran dos tarjetas, la primera refiere a la afiliación de *Rodolfo León Ortiz Jiménez* CC. 7101142-342 No. Patronal 11016102814, datos que no tienen relación con el actor y la segunda que no es legible hace alusión a una fecha de afiliación que no coincide con las empresas que manifestó haber



cotizado, tal como lo indicó el *a-quo*, y que adicionalmente tiene escrito a manoalzada “*ejemplo de una tarjeta 06*”, documentos que no acreditan los supuestos fácticos de la demanda.

Manifiesta el apoderado en su apelación insuficiencia probatoria, la cual debe solucionarse con el decreto de pruebas, no obstante, el artículo 167 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En el presente asunto se observa que el Juzgador formó su convencimiento con las pruebas obrantes en el proceso y que resultaron suficientes para proferir su decisión, y esta Sala no avizora deficiencias probatorias en la gestión judicial.

En ese orden de ideas, no es dable tener en cuenta los períodos consignados en la demanda, por lo que de conformidad con la Historia Laboral aportada al plenario (Fl. 48), al 29 de julio de 2005 contaba con 612,03, las que sumadas al tiempo servido a Indumil (Fls. 52 a 56), en total de 43,29 semanas, ascienden a 655,32, esto es, menos de 750 semanas, por lo que el régimen de transición sólo se extendería hasta el 31 de julio de 2010, no obstante, tanto el Acuerdo 049 de 1990 como la Ley 71 de 1988, exigen 60 años de edad, los que cumplió el actor en el año 2012, esto es, cuando ya había expirado el régimen de transición, por ende no es dable reconocer la pensión con fundamento en dichas normativas.

Ahora bien, se reitera que milita en el expediente a folios 52 a 56 el certificado de tiempo de servicios prestados a la Industria Militar Indumil y los formatos para la emisión del Bono pensional por el periodo comprendido del 1º de febrero de 1976 a 30 de noviembre de 1976, que equivalen a 43,29 semanas que sumadas a las reportadas en la historia laboral de 981,71 (Fl 48) acumularía un total de 1.025, para el 30 de noviembre de 2015.

Lo anterior implica que, acorde con lo indicado por el *a-quo*, el actor tampoco causó su derecho pensional con fundamento en la Ley 100 de 1993, pues cumplió los 60 años de edad en el año 2012, data en la que no alcanzaba las 1225 semanas de cotización exigidas ni tiene actualmente más de 1300.

Finalmente, no es motivo de estudio lo atinente a la indemnización sustitutiva, pues si bien el apoderado presenta en su apelación un reparo somero en este punto, en virtud del principio de consonancia del artículo 66A de nuestro estatuto procesal, esta Sala queda relevada del estudio de la misma, pues como lo señaló el sentenciador de primer grado, el tema no fue objeto de la litis y vulneraría la garantías del debido



proceso pronunciarnos sobre aspectos que no le fueron puestos en conocimiento de la demandada.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, por cuanto no se encuentran cumplidos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo del amparo del régimen de transición y en aplicación del Acuerdo 049 de 1990. **SIN COSTAS** en esta instancia.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 **38 2016 00939 01**  
Demandante:                        OLGA LUCIA MARÍN COLORADO  
Demandado:                         COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:**            **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación elevado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora *Olga Lucia Marín Colorado* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare la nulidad del traslado a la AFP *Porvenir S.A.*, así como la afiliación posterior a *Protección S.A.*, y en consecuencia se las condene a trasladar los aportes efectuados a *Colpensiones*, incluyendo los rendimientos e intereses, más los perjuicios morales de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; y a *Colpensiones* a que active la afiliación en el Régimen de Prima Media, más las condenas *ultra y extra petita*.

**1.1 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 1º de enero de 1964; que según reporte de historia laboral cotizó al sistema pensional desde el 12 de marzo de 1986 al 28 de febrero de 1999 un total de 580.71 semanas; que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad en la AFP *Porvenir S.A.* el 26 de enero de 1999, en donde cotizó un total de 614 semanas cotizadas entre marzo de 1999 a septiembre de 2007 y de noviembre de 2012 a marzo de 2016; que entre el periodo comprendido entre el mes de octubre de 2007 y septiembre de 2012 suscribió contrato de afiliación con la AFP *ING Pensiones y Cesantías*, hoy denominada *Protección S.A.*, acreditando un total de 256



semanas; que el traslado inicial fue resultado de un engaño del que fue víctima por parte de los asesores de la AFP Colpatria hoy *Porvenir S.A.*, toda vez que el asesor le informó que se podría pensionar a cualquier edad y con un mejor monto pensional, sin explicarle que dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, ni las restantes condiciones del régimen pensional y la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media; finalmente que en el mes de octubre de 2007 suscribió contrato de afiliación con la AFP *ING Pensiones y Cesantías* hoy denominada *Protección S.A.* y en el mes de septiembre de 2012, retornó a *Porvenir S.A.*; que se enteró del engaño en que había sido inducida por parte del asesor del RAIS, solicitando anular la afiliación existente, a lo cual no se accedió, pese a que se proyectó una mesada pensional ostensiblemente inferior.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* se opuso a las pretensiones manifestando que la demandante se encontraba válidamente afiliada a la AFP *Porvenir S.A.* toda vez que no acreditó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, máxime que el paso del tiempo subsanó cualquier irregularidad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

*Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones indicando que con el traslado de régimen proveniente del ISS, hoy *Colpensiones*, no se afectó prohibición legal alguna, en tanto se dio cumpliendo a todos los lineamientos establecidos para la perfección de dicho acto jurídico, el que se constituyó en una decisión libre y voluntaria, sin que se acreditara la existencia de algún vicio del consentimiento, máxime que la inversión de la carga de la prueba se ha dispuesto en asuntos con supuestos fácticos disímiles; de igual manera, que para la fecha del traslado no se contaba con la obligación de suministrar información o asesoría en los términos relatados en la demanda.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Finalmente, *Protección S.A.* se opuso a las pretensiones indicando que dicho traslado se había llevado a cabo en 1999 cuando había optado por trasladarse a la AFP Colpatria hoy *Porvenir S.A.*, y en la actualidad la demandante no se encontraba vinculada a *Protección*



S.A., en tanto estuvo afiliada entre los años 2007 a 2012; refirió que la accionante no pertenecía al régimen de transición, por lo tanto no pertenece al grupo de trabajadores que pueden retornar a *Colpensiones* en cualquier momento; concluyó refiriendo que cuando se trasladó de *Protección S.A. a Porvenir S.A.*, los aportes obligatorios recibidos a nombre de la afiliada, junto con sus rendimientos habían sido trasladados, por lo tanto no tenía obligación en la eventual devolución de aportes.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y la excepción genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 11 de junio de 2019, absolvió a las accionadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas.

Para tal efecto estimó el *a-quo* que por activa se aducía el dolo como vicio del consentimiento, por lo cual le correspondía a la parte demandante acreditar su ocurrencia, no obstante, las pruebas no daban cuenta de ello sino que se brindó una asesoría; por otra parte, que para la data del traslado tenía entre 34 y 35 años de edad y le hacían falta para acceder a la pensión, aproximadamente 20 años de cotización, se serían 1000 semanas, lo que incluso se incrementó a 1300 semanas, situación que el asesor no podía prever, siendo evidente que el ISS se encontraba en una situación crítica, no solo administrativa sino misional, por lo tanto la afirmación dada en el asesoramiento a la demandante era fundada; de igual manera, que el RAIS si ostenta ventajas, tales como que el ahorro se mantiene en el fondo y hace parte de la masa sucesoral, circunstancia que no opera en el RPM.

Finalmente, consideró que la Ley 797 de 2003 restringe el traslado cuando falte menos de 10 años para cumplir la edad respectiva, ello en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, por lo tanto, consideró el Despacho que no había lugar a declarar la ineficacia.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión los apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el dolo era evidente, pues la asesoría que se brindó omitió la situación pensional de la demandante, ocasionado un perjuicio a la afiliada,



máxime que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte demandada, pese a lo cual en la providencia se excusa el actuar de los asesores señalando que la demandante debía estar pendiente de su situación pensional, ello pese a que se depositó la confianza del asesoramiento en el fondo privado.

#### **IV. ALEGATOS:**

La parte demandante reiteró lo atinente a la inversión de la carga de la prueba, refiriendo que la parte demandada debía demostrar que actuó con la diligencia debida, permaneciendo en el RAIS en virtud de la información engañosa que le fue suministrada; por otra parte, que la excepción de prescripción propuesta por las demandadas no puede prosperar, toda vez que se pretende la nulidad de un hecho jurídico, esto es, el acto mismo de afiliación, y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la prescripción recae sobre derechos y no sobre los hechos que es a lo que se contrae la pretensión declarativa.

*Colpensiones* señaló que no obra prueba alguna que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP a la que está afiliada actualmente y tampoco se está en presencia de algún vicio del consentimiento, por el contrario, se evidencia que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas; finalmente pone de presente que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

*Protección S.A.* refirió que se predicaría un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento, aunado a ello que no se configuró ningún perjuicio para la accionante y los traslados que verificó en el RAIS, convalidaron el consentimiento.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales, la Sala analizara en primer lugar, si procede o no la nulidad del traslado de régimen efectuado por el demandante.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**



Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 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 y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, de la revisión del plenario se tiene que se aportó el formulario de traslado y afiliación del 25 de enero de 1999 (Fl. 30) el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información ni la restante prueba testimonial ni documental da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Es menester acotar, que en efecto en la providencia recurrida se estimó que la carga de la prueba estaba en cabeza de la accionante al alegar el dolo como vicio del consentimiento, no obstante, al haberse narrado en la demanda la omisión del deber de información, según los criterios jurisprudenciales antes esbozados, era al Fondo de Pensiones que participó en el traslado, a quien le correspondía acreditar que suministró la información clara, oportuna y comprensible, siendo irrelevante si la afiliada, era o no beneficiaria del régimen de transición, o si ostentaba una exceptiva pensional cercana de consolidación.

Por otra parte, frente a la alegada convalidación de la ineficacia, sustentada en el hecho de haber verificado traslado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuanto estaba a su alcance, basta con señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838, del 8 de mayo de 2019, señaló: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

En ese orden de ideas, se debe revocar la decisión de primer grado a fin de declarar la ineficacia del traslado, lo cual conlleva, de manera consecencial, la ineficacia de los traslados posteriores que verificó en el Régimen de Ahorro Individual con



solidaridad, y que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, aparece como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de *Porvenir S.A.*

## **VI.- DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 11 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *OLGA LUCÍA MARÍN COLORADO*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 25 de enero de 1999, tramitado por la *AFP COLPATRIA*, hoy *PORVENIR S.A.*, y consecuentemente a las posteriores afiliaciones que hizo el demandante a los Fondos privados, *PROTECCIÓN S.A.* y nuevamente a *PORVENIR S.A.*

**TERCERO: CONDENAR** a *PROVENIR S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES*, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos, gastos de administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *COLPENSIONES*.



**CUARTO: CONDENAR** a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *OLGA LUCÍA MARÍN COLORADO*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por los Fondos demandados en sus contestaciones.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de *PORVENIR S.A.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 38 2017 00350 01  
Demandante:                         DONALDO ENRIQUE PLATA BLANCHARD  
Demandado:                         COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:**            **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación elevado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Donaldo Enrique Plata Blanchard* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare la nulidad del traslado a la AFP *Porvenir S.A.*, y en consecuencia se la condene a trasladar los aportes efectuados a *Colpensiones*, incluyendo los gastos de administración; y a *Colpensiones* a que active la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que prestó servicios en la E.S.E. Hospital Santa Matilde de Madrid Cundinamarca, afiliándose al entonces Instituto de los Seguros Sociales; que el 30 de abril de 1995, asesores de *Provenir S.A.* lo visitaron y mediante información errónea y engañosa, lo indujeron a suscribir el formulario de traslado, siendo esto corroborado por el gerente y subgerente, al referirle que el ISS no otorgaba las mismas garantías; que se incumplió el deber de información, al no referirle las ventajas y desventajas del traslado ni realizar una eventual proyección de la pensión de vejez, lo que también de predica de *Colpensiones*, quien no realizó ninguna gestión para desvirtuar los



argumentos de la AFP. Finalmente, que solicitó ante las accionadas la desvinculación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

*Colpensiones* se opuso a las pretensiones manifestando que el demandante se encontraba válidamente afiliado a la AFP *Porvenir S.A.* toda vez que no acreditó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, máxime que el paso del tiempo subsanó cualquier irregularidad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

*Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones indicando que con el traslado de régimen proveniente del ISS, hoy *Colpensiones*, no se afectó prohibición legal alguna, mismo que se verificó mediando la decisión libre y voluntaria del actor, sin que se acreditara la existencia de algún vicio del consentimiento, máxime que la inversión de la carga de la prueba se ha dispuesto en asuntos con supuestos fácticos disímiles; de igual manera, que para la fecha del traslado no se contaba con la obligación de suministrar información o asesoría en los términos relatados en la demanda.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, la innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 20 de agosto de 2019, absolvió a las accionadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas.

Para tal efecto estimó el *a-quo* que por activa se aducía el dolo como vicio del consentimiento, por lo cual le correspondía a la parte demandante acreditar su ocurrencia, no obstante, las pruebas no daban cuenta de ello; por otra parte, frente al error, que para el momento histórico en que se trasladó, era más beneficioso el RAIS, al garantizar una devolución de saldos, por ende, para dicho momento, la decisión se podría catalogar como acertada, sin que se irrefutable que la decisión se haya



traducido en un agravio, máxime que era un hecho notorio la crisis por la que atravesaba el entonces Instituto de Seguros Sociales, lo cual se corrobora con el estado de cosas inconstitucionales que fuera declarado por la Corte Constitucional.

Por otra parte, que el actor ratificó con posterioridad su decisión al suscribir formulario con Horizonte Pensiones y Cesantías; finalmente, consideró que la Ley 797 de 2003 restringe el traslado cuando falte menos de 10 años para cumplir la edad respectiva, ello en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, por lo tanto, consideró el Despacho que no había lugar a declarar la ineficacia.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión los apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la carga de la prueba se traslada al Fondo Privado de Pensiones, existiendo para la fecha del traslado, normativas que consagraban la obligación del deber de información, sin que sea de recibo que el RAIS resultare más beneficioso para el actor, pues independientemente de dicha situación, la accionada debía acreditar el deber de información, siendo factible verificar cálculos actuariales para determinar la proyección de la pensión, lo que no realizó la AFP, lo que desvirtuara la aseveración de las ventajas que le implicaban trasladarse.

Por otra parte, que el formulario de afiliación no acredita el cumplimiento de las obligaciones de la parte accionada.

### **IV. ALEGATOS:**

*Colpensiones* refiere que de la revisión del expediente administrativo y del plenario, no obra prueba alguna que acredite que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP a la que está afiliado actualmente, ni se está en presencia de algún vicio del consentimiento, toda vez que no se evidencia en de las solicitudes de traslado, nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante. Por otra parte, que permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los otros afiliados, resulta contrario al concepto constitucional de equidad y al principio de eficiencia pensional.

### **V. CONSIDERACIONES:**



### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales, la Sala analizara en primer lugar, si procede o no la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisonal en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiendo en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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



de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, de la revisión del plenario se tiene que se aportó el formulario de traslado y afiliación del 30 de abril de 1996 (Fl. 90) el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información ni la restante prueba testimonial ni documental da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Es menester acotar, que en efecto en la providencia recurrida se estimó que la carga de la prueba estaba en cabeza de la accionante al alegar el dolo como vicio del consentimiento, no obstante, al haberse narrado en la demanda la omisión del deber de información, según los criterios jurisprudenciales antes esbozados, era al Fondo de Pensiones que participó en el traslado, a quien le correspondía acreditar que suministró la información clara, oportuna y comprensible, siendo irrelevante si el afiliado, era o no beneficiario del régimen de transición, o si ostentaba una exceptiva pensional cercana de consolidación. De igual manera, no se evidencia que en efecto la permanencia en el RAIS se constituyera en una ventaja para el actor, pues tal determinación o consideración, también debe haberse acreditado como parte de la asesoría para el momento del traslado.

Por otra parte, frente a la alegada convalidación de la ineficacia, sustentada en el hecho de haber verificado traslado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y haber suscrito el formulario en Horizonte para pensiones voluntarias el 19 de junio



de 2000 (Fl. 30) basta con señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838, del 8 de mayo de 2019, señaló: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

En ese orden de ideas, se debe revocar la decisión de primer grado a fin de declarar la ineficacia del traslado, lo cual conlleva, de manera consecencial, que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, apareja también como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*, motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de *Porvenir S.A.*

## **VI.- DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor *DONALDO ENRIQUE PLATA BLANCHARD*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 30 de abril de 1996, tramitado por la *AFP PORVENIR S.A.*



**TERCERO: CONDENAR** a *PROVENIR S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES*, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos, gastos de administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *COLPENSIONES*.

**CUARTO: CONDENAR** a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliado del señor *DONALDO ENRIQUE PLATA BLANCHARD*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por los Fondos demandados en sus contestaciones.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de *PORVENIR S.A.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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



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

Proceso Ordinario Laboral 1100131050 39 2017 00289 01  
Demandante: JOSÉ DE JESÚS FUENTES COMBITA  
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2019, toda vez que la entidad demandada fue condenada y La Nación funge como garante.

**I.- ANTECEDENTES**

El señor *José De Jesús Fuentes Combita* demandó para que se declare y condene a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 6 de mayo de 2016, junto con la mesada adicional de diciembre y los intereses de mora.

**1.1 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como sustento de sus pretensiones indicó que nació el 23 de enero de 1949, cumplió 62 años de edad en el 2011 y cotizó a Colpensiones 1365,43 al 18 de abril de 2017. Que mediante Resolución del 23 de diciembre de 2010, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación a partir del 9 de agosto de 2008, no obstante, continuó laborando en la Universidad La Gran Colombia, sumando las precitadas semanas ante la demandada, por lo que al cumplir con los requisitos para pensionarse, el 23 de agosto solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada en varias oportunidades bajo el argumento de que esta no era compatible con la prestación que estaba disfrutando.

**1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**



*Colpensiones* se opuso a todas las pretensiones, toda vez que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación, existiendo incompatibilidad con la prestación solicitada, pues el actor no puede devengar una doble designación del tesoro público. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

## **II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2019 condenó al pago de la pensión de vejez establecida en el Ac. 049 de 1990 en favor del demandante, a partir del día siguiente a su última cotización o del retiro, la cual se debe calcular conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de remplazo del 90%, sobre 14 mesadas al año.

Para arribar a dicha determinación, indicó que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al provenir la pensión de vejez reconocida por el ISS hoy *Colpensiones* y la del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de diferente origen y concepto, son compatibles, máxime cuando se ha aclarado que la primera no deviene de dineros del tesoro público, siéndole permitido a los docentes prestar sus servicios de manera simultánea en instituciones públicas y privadas.

Superado lo anterior, en uso de sus facultades *extra petita* determinó que el promotor de la Litis es beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 45 años de edad, el cual conservó más allá del año 2010, por cuanto contaba con más de 770 semanas al entrar a regir el AL 01 de 2005. Indicó que el demandante cumplió la edad para pensionarse en el año 2009, cuando ya contaba con más de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de 60 años de edad.

Dijo que como no se ha desafiado, y se debe tener en cuenta para la liquidación de la pensión hasta la última semana cotizada, que la pensión debería reconocerse a partir de la ocurrencia de tal evento, sobre el 90% al tener más de 1300 semanas cotizadas y sobre 14 mesadas anuales.

## **III.- CONSULTA:**

En favor de la demandada, en virtud del artículo 69 del CPTSS, por cuanto fue condenada y La Nación funge como garante.



#### **IV.- ALEGATOS:**

Por pasiva se reiteró que no resulta compatible, la prestación solicitada con la devengada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se debe absolver de todas las pretensiones de la demanda.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **5.1 PROBLEMA JURÍDICO:**

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, reunidos los presupuestos procesales y habiéndose agotado el requisito previo de la reclamación administrativa, se verificará si es compatible la pensión de jubilación reconocida por el *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio* y una reconocida con cotizaciones realizadas a *Colpensiones* y de ser compatibles, si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de conformidad con el Ac. 049 de 1990.

##### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**

Dentro del plenario fue plenamente acreditado que al actor le fue reconocida pensión de jubilación a partir de 9 de agosto de 2008, tal y como consta en Resolución 6540 del 23 de diciembre de 2010 vista a folios 25 a 27 del paginario, la cual fue emitida por parte del *Fondo Nacional del Magisterio* y pese a ello, el promotor de la litis laboró en varias empresas del sector privado, cotizando al *ISS* hoy *Colpensiones* 1477,71 semanas al ciclo de marzo de 2019 como se observa en la historia laboral adosada por *Colpensiones* a folios 87 a 92 del paginario.

A raíz de lo anterior el accionante solicita le sea concedida pensión de vejez por parte *Colpensiones*, por lo que procederá esta sala a analizar la compatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por parte *Fondo Nacional del Magisterio* y la pensión de vejez.

Al respecto se debe tener en cuenta que lo establecido en el inciso segundo del Art. 279 de la Ley 100 de 1993, el cual señala:

*“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 art. 31 del D. 692/1994, 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 profesores 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 L. 100/1993.

Al respecto, en la sentencia del 6 de diciembre de 2011, rad. 40848, traída a colación en la sentencia SL 451 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 puede obtener del ISS (hoy *Colpensiones*), por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. En aquella oportunidad, y luego de citar el art. 31 del D. 692/1994, la SL CSJ precisó:

*“(…) precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la 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, (...)”.* (Subraya la Sala).

Dicha posición también puede consultarse entre otras en las sentencias del 12 de agosto de 2009, rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, rad. 39810.

Teniendo en cuenta los anteriores derroteros legales y jurisprudenciales, la Sala colige, que acertó la *a-quo* al momento de establecer que existe compatibilidad entre las pensiones que son sujeto de estudio en el presente asunto, pues las cotizaciones



efectuadas ante la demandada por el actor resultan de servicios privados a diferentes instituciones educativas, en tanto que los tenidos en cuenta por el ya mencionado Fondo son por servicios prestados En las Secretarías de Educación de Vichada, Arauca y Bogotá (Fl. 26), por lo que la financiación proviene de diferentes fuentes.

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 tienen 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.

Respecto de la petición del reconocimiento de la pensión de vejez, con base en el Ac. 049 de 1990, se tiene que el señor *Fuentes Combita*, es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto por cuanto, a la entrada en vigencia de la precitada Ley, contaba con 45 años de edad, según cedula de ciudadanía obrante a folio 28 y cotizó al 29 de julio de 2005 787,62 semanas a Colpensiones, siendo ello suficiente para extender el régimen de transición al 31 de diciembre de 2014.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando éstos cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

El demandante cumplió la edad exigida el 23 de enero de 2009 (Fl. 28), y conforme a la historia laboral aportada por la demandada, desde el 23 de enero de 1989 al 23 de enero de 2009 tenía 921,79 semanas cotizadas, por lo que adquiere bajo las prerrogativas del Ac. 049 de 1990 el derecho a la pensión de vejez.

Cabe resaltar que el señor *Fuentes Combita* continuó cotizando y se tiene noticias de ello hasta marzo de 2019, pero al no existir una novedad de retiro y que conforme con el artículo 13 del AC. 049 de 1990 para la liquidación del IBL se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, se advierte que este no puede liquidarse. No obstante, resultan acertadas las indicaciones dadas en sede de primera instancia, pues debe darse aplicación para ello al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia de esta norma al actor le hacían falta más de 10 años para pensionarse.



Igualmente, resulta correcto que se aplique una tasa de remplazo del 90%, conforme con el artículo 20 del referido Acuerdo, pues el promotor de la Litis ha cotizado más de 1250 semanas.

No obstante, cabe memorar que el Parágrafo transitorio 6° del AL 01 de 2005 dispuso que:

*“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.*

Y aunque ciertamente el actor causó la pensión antes del 31 de julio de 2011, como viene de verse, al no poderse liquidar la prestación se desconoce si esta será inferior a los 3 SMLMV, por lo que el reconocimiento de la mesada 14 está sujeta a que la mesada pensional sea inferior a este monto, por lo que en sede de consulta en favor de Colpensiones se modificará esta determinación.

Finalmente se adicionará la sentencia de primera instancia, en el sentido de autorizar a la accionada a descontar el porcentaje correspondiente a aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**SIN COSTAS** en esta instancia por haberse estudiado en grado jurisdiccional de consulta.

#### **VI.- DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida el 10 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar establecer que el reconocimiento de la mesada 14 está sujeta a que la mesada pensional del demandante sea inferior a 3 SMLMV, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de autorizar a la accionada a descontar el porcentaje correspondiente a aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia objeto de consulta.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral                    1100131050 39 2017 00680 01  
Demandante:                        LUIS WILSON GARAY PÉREZ  
Demandado:                         COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación formulados por las partes, contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

**I.- ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor *Luis Wilson Garay Pérez* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare nula su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Porvenir S.A.* y en consecuencia se ordene su traslado al Régimen de Prima Media administrado por *Colpensiones*, más los aportes y gastos administración, debiendo esta última recibirlos. Además, pretendió del pago de perjuicios morales y materiales en la suma de \$3.500.000 mensuales desde el 4 de noviembre de 2015 hasta la fecha del traslado. Igualmente, solicitó se condene al reconocimiento de la pensión de vejez, el retroactivo y las condenas *ultra y extra petita*.

**1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones expuso que laboró para varias empresas privadas desde el 14 de junio de 1976, afiliándose al Régimen de Prima Media hasta el 9 abril de 2002, cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a



través de *Porvenir S.A.*, AFP que no le brindó asesoría sobre los efectos de dicho trámite como la pérdida del régimen de transición del que era beneficiario, no le realizó proyecciones sobre su pensión, ni le explicó los perjuicios que ello acarrearía, exponiendo únicamente información respecto de las cesantías, mas no sobre el sistema pensional, habiéndose trasladado sin su pleno consentimiento, pues por su desconocimiento en la materia consideraba que estaba trasladando sus cesantías.

Indicó que cumplió 60 años de edad el 4 de noviembre de 2015, data en que debió haberse pensionado y al haberse trasladado al RAIS, ello no fue posible, ocasionándole perjuicios, pues su prestación en PORVENIR S.A. estaría en un 31% debajo de la que le correspondería en el Régimen de Prima Media.

Dijo que la AFP demandada no lo contactó para informarle que estaba próximo a vencer el plazo para retornar al Régimen de Prima Media, al que ha intentado regresar, siendo ello negado por las demandadas, desconociendo los principios que rigen la materia en su favor. Mencionó que no firmó el formulario 10000085 del 9 de abril de 2002 y que este hace referencia a las cesantías.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Al contestar la demanda, *Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Para ello, manifestó que el promotor de la litis es una persona capaz, por lo que los actos jurídicos que realice tienen validez, sin que se haya presentado en su traslado de régimen pensional algún vicio del consentimiento, por lo que no es viable acceder a lo solicitado.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción, genérica y falta de reclamación administrativa frente al reconocimiento de la pensión.

A su turno, *Porvenir S.A.* solicitó no acceder a lo pretendido por el demandante, pues su afiliación fue libre, espontánea y sin presiones, además de no ser beneficiario del régimen de transición, como tampoco había cumplido con los presupuestos para que tuviera una expectativa legítima frente al derecho pensional, recalcando que durante los más de 15 años de afiliación, el actor no había manifestado su



inconformidad con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por el contrario, firmó su afiliación, sin que el error sobre un punto de derecho vicie su consentimiento, máxime cuando memoró que la ignorancia de la ley no es excusa.

Elevó como excepciones la prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, la falta de causa para pedir, ausencia de responsabilidad atribuible a su representada, inexistencia del perjuicio alegado, buena fe, genérica, inexistencia de la obligación y compensación.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 16 de agosto de 2019, declaró la ineficacia del traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 1° de junio de 2002, sin que este produjera algún efecto, por lo que se debía entender que siempre ha estado en el Régimen de Prima Media. Como consecuencia, condenó a *Porvenir S.A.* a transferir todas las sumas de dinero que obren dentro de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los rendimientos, comisiones por administración, sin que se deba deducir suma alguna por seguros de pensiones de invalidez o sobrevivientes. Ordenó a *Colpensiones* reactivar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad y recibir los dineros provenientes de *Porvenir S.A.* y una vez esté reactivado, reconocerle la pensión en los términos de la Ley 100 de 1993. Declaró no probadas las excepciones.

Lo anterior por cuanto consideró que, si bien existió una contradicción entre el libelo inicial en el que se indicó que el asesor no le brindó la información suficiente al momento del traslado y el interrogatorio de parte en el que dijo que no hubo un asesor, lo cierto es que contrastando los formularios allegados, se puede advertir que no hubo tal asesoría, pues se suscribieron dos formatos, en diferentes fechas sobre un acto que ya se había efectuado como lo era el cambio de administradora de cesantías y de haber existido un asesor, no se acreditó que hubiere brindado una debida información, carga probatoria que le corresponda a la AFP llamada a juicio, por lo que consideró ineficaz el traslado, lo cual no es saneable.



Por otro lado, manifestó que el demandante no fue beneficiario del régimen de transición, sin embargo, cumple con los requisitos para pensionarse conforme con la Ley 100 de 1993, pues cumplió 62 años de edad en noviembre de 2017 y acumuló 2147,15 semanas. No obstante, al no acreditarse la novedad de retiro, dispuso que la pensión debía reconocerse cuando esta se presentara, liquidándose la prestación en los términos de los artículos 21 y 34 de la referida normal

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme parcialmente con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora la apeló, por cuanto el demandante no pudo pensionarse en el 2017 pese a cumplir con los requisitos, lo cual le generó perjuicios, pues tuvo que seguir laborando. Igualmente, indicó que el monto de las costas fulminadas no se acompasa con el monto que ahorró en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual se se debió tener en cuenta para dicha condena.

A su turno, *Porvenir S.A.* resaltó que existe una contradicción entre lo expuesto en el libelo inicial y el interrogatorio de parte rendido por el demandante, pues en el primero se habló de una falta de debida información por parte del asesor y en el segundo se indicó que no hubo asesor, lo cual consideró la *a-quo* sutil, pese a que con ello no se conoce en realidad las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los supuestos fácticos que originaron esta Litis.

De la misma manera refirió que, aunque consideró el precitado interrogatorio de parte, no hizo lo mismo con el formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso y en él se dejó constancia de la asesoría con una firma de una persona capaz, a quien le faltaban más de 17 años para lograr su derecho pensional, por lo que el traslado resulta un acto válido y sin vicios del consentimiento.

Finalmente, dijo que no era viable retornar los gastos de administración, ya que la AFP administró los recursos de una manera juiciosa, cumpliendo con ello sus deberes.

Por su parte, *Colpensiones* iteró la contradicción presentada entre la demanda y lo expuesto por el demandante en juicio, lo que denota que se persigue tan solo



un beneficio económico a portas de lograr la pensión, lo cual iría en perjuicio de los afiliados que han sido solidarios con el sistema. Manifestó que, no es posible reconocer un retroactivo al demandante por cuanto no se ha hecho la devolución del dinero por parte de la AFP. Solicitó que, de ser confirmada la decisión, se revoque frente a la condena en costas, pues ello solo desequilibraría aún más el sistema pensional.

Igualmente, se estudiará el proceso en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones por haber sido condenada y fungir La Nación como garante, como lo demanda el artículo 69 del CPT y de la SS.

#### **IV. ALEGATOS:**

La parte demandante hizo referencia al deber de información en cabeza de las AFP al momento del traslado de régimen, el cual no se cumplió en el caso bajo estudio, pues como lo dijo el demandante en su interrogatorio de parte, tan solo fue llamado al área de nómina para que suscribiera un formulario para trasladarse de Fondo de Cesantías, sin que se acreditaría siquiera sumariamente el acatamiento de tal obligación, existiendo además dos formularios de traslado, cuya expresión genérica no logra cumplir la carga probatoria que correspondía a Porvenir S.A., lo cuales tampoco cumplen con los presupuestos, pues aunque el radicado es del 4 de junio de 2002, la afiliación se perfeccionó el día 4 del mismo mes y año, situación que evidencia la falta de transparencia respecto al cambio de régimen.

Indicó que se opone a los argumentos de la apelación de *Porvenir S.A.*, pues el demandante expresó que nunca recibió asesoría en pensiones por parte de ningún asesor de *Porvenir S.A.*, para su traslado de fondo pensional, lo cual también se manifestó en la demanda, por lo que solicitó confirmar en lo pertinente la decisión y ordenar el reconocimiento pensional desde el 4 de noviembre de 2015.

*Porvenir S.A.*, en sus alegatos refirió que no es procedente la nulidad de traslado decretada en sede de primera instancia, ya que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y al momento del traslado le faltaban más de 16 años



para pensionarse, por lo que ningún perjuicio se le causó, y en consecuencia no operó la inversión de la prueba.

Recalcó que existe un formulario en el que no solo se deja constancia de su decisión libre, espontánea y voluntaria, sino que además se indica que existió una asesoría debida. Por otra parte, iteró lo referente a la contradicción alegada en los argumentos de apelación y que el demandante conocía todos los presupuestos y beneficios del RAIS desde el momento de su traslado. Finalmente, se opuso a lo referido por el apoderado del actor en su apelación, pues para disfrutar la pensión, es necesario el retiro del sistema.

Finalmente, *Colpensiones* indicó que la asesoría brindada al demandante, se hizo conforme con la normatividad vigente para la fecha del traslado, data en la cual suscribió el formulario en donde se evidencia la aceptación espontánea, libre y expresa, sin que sea viable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues ello desvirtúa el principio de confianza legítima, siendo por ello violatorio del debido proceso el fallo censurado, pues es *Colpensiones* quien debe asumir la carga prestacional, pese a que los efectos del acto jurídico celebrado entre la FP y el actor, debe ser inter partes.

## **V. CONSIDERACIONES:**

### **5.1 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.

De ser así, se estudiará si hay lugar a revocar lo referente a la devolución de gastos de administración por parte de *Porvenir S.A.*; si se debe determinar como fecha de disfrute de la pensión la solicitada por la parte actora para resarcir los perjuicios enrostrados y lo referente a la condena en costas.

### **5.2 DEL CASO EN CONCRETO:**



Inicialmente es menester acotar por la Sala de Decisión, que en sentencias de tutela radicaciones números STL3199 de 2020, STL3432 de 2020, SL3226 de 2020, y STL3187 de 2020, entre otras, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se establece como precedente decisional en esta temática, (i) que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y (ii) que dicha regla aplica indistintamente de ser el afiliado beneficiario del régimen de transición, por lo que no es dable mantener la posición que la Sala mayoritaria venía sosteniendo, recogiénose en ese orden de ideas el criterio contrario sostenido en pretéritas oportunidades.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse 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.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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 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 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 No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:*

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario



del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 9 de abril de 2002 (Fls. 46 y 140), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna 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 preimpresos, 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, en el interrogatorio de parte el demandante no confesó que se le haya suministrado la información y por el contrario, iteró lo dicho en su demandada frente a que creyó estar trasladándose de Fondo de Cesantías (hecho 9), y si bien, ciertamente allí se indica que el asesor omitió cualquier información referente al tema pensional, en tanto que en su interrogatorio refiere la inexistencia de dicha persona, ello no releva a la AFP demandada frente a su carga probatoria, como se vio, contrario a lo alegado por *Porvenir S.A.*, con la expresión genérica contenida en el formulario de afiliación, no se prueba el cumplimiento de su deber de asesoría.

Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, y, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“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”*.



Como corolario de lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia, frente a la ineficacia del traslado e igualmente frente a la devolución a *Colpensiones* de todos los dineros recibidos por la AFP, pues la ineficacia declarada implica retrotraer la situación al estado anterior a la afiliación y, en consecuencia, en este aspecto tampoco prospera lo alegado por *Porvenir S.A.*

Ahora se aprecia que, en efecto el actor no es beneficiario del régimen de transición, por lo que debe pensionarse conforme con las normas de la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, aspecto que no fue censurado por las partes en contienda.

Es así que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, refiere a que la edad de 60 años para el caso de los hombres, a partir del 1° de enero del año 2014 incrementó a 62 años de edad, por lo que no es posible acceder a lo dicho por el apoderado del demandante frente a conceder la pensión para el año 2015, pues en esa anualidad el actor solo tenía 60 años. Así las cosas, debía acreditar 62 años y 1300 semanas cotizadas, requisito primero que logró el 4 de noviembre de 2017 (Fl. 56), sumando más de 1300 semanas entre lo cotizado en el Régimen de Prima Media y los días reportados en *Porvenir S.A.*, estando las indicaciones de la *a-quo* frente al reconocimiento pensional conforme a derecho, pues contrario a lo referido por la apoderada de *Colpensiones*, no se fulminó ningún retroactivo, sino que se indicó que la pensión se disfrutaría una vez se reporte la novedad de retiro.

En este aspecto, cabe resaltar que no se probó por activa la existencia del perjuicio alegado pues, aunque ciertamente al 2017 se causó la prestación, lo cierto es que bien pudo el actor seguir laborando, habiéndose retirado del sistema pensional, por lo que pudo seguir con sus cotizaciones para incrementar su IBL, por lo que no se accederá a lo pretendido.

Finalmente solicita *Colpensiones* no ser condenado en costas de primera instancia, sin embargo, la *a-quo* fulminó esta condena solamente frente a *Porvenir S.A.*, por lo que no hay lugar a modificar esta decisión. Frente a la censura respecto al monto de las costas elevado por el apoderado de la activa, se advierte que esta solicitud resulta pre tempore, pues el numeral 5° del artículo 366 del CGP es claro cuando indica que “*el monto de las agencias en derecho solo*



*podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”, no siendo este el momento procesal oportuno para estudiar esta solicitud. Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.*

#### **VI.- DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
**Magistrado**

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
**Magistrado**

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