



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 11001 31 050 **05 2019 00 587 01**
Demandante: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESPITIA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 17 de junio de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESPITIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declarar que le asiste el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derecho al reconocimiento, pago e inclusión en nómina de la pensión de jubilación por acumulación de aportes a partir del 20 de abril de 2018.

Por consiguiente, se condene a la encartada a pagar el retroactivo de las mesadas pensionales, primas correspondientes por acumulación de aportes, intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones expuso que estuvo vinculado con el HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1975 y el 2 de febrero de 1981 como Vacunador, efectuando aportes a CAJANAL, entidad que le expidió bono pensional el 19 de enero de 2008, pero sin que cumpla con los requerimientos exigidos por COLPENISIONES, adicional a que, en la actualidad se encuentra cotizando en la entidad demandada.

Que a la fecha de presentación de la demanda ostenta más de 63 años de edad, por lo que verificó el trámite para acceder a la pensión de vejez, sin embargo, esta le fue negada por no contar con el número de semanas que exige la norma.

Aduce que ha realizado de manera exhaustiva la solicitud del bono pensional por el tiempo laborado al servicio del HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES, el mismo que no se ha podido efectivizar en la actualidad, así como que goza de un bono pensional expedido por el HOSPITAL BAUDILIO ACERO DE TURMEQUÉ en donde laboró también como Vacunador por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1989 y el 24 de junio de 1983.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, indicó que ha solicitado la pensión por aportes ante COLPENSIONES, la cual ha sido negada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Expuso que conforme se corrobora con la historia laboral del demandante, se advierte que no cuenta con el requisito mínimo de semanas para acceder a la prestación.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de junio de 2021, condenó a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante pensión de vejez en la suma de \$982.968 a partir del 1º de noviembre de 2019 sobre 13 mesadas pensionales al año, junto con los respectivos ajustes legales, así como el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 1º de noviembre hasta la fecha en que se efective el correspondiente pago.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó el fallador de instancia que dentro del proceso se encuentra plenamente acreditado que el demandante laboró al servicio del HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1975 y el 2 de febrero de 1981, así como que laboró al servicio del HOSPITAL BAUDILIO ACERO TURMQUÉ desde el mes de febrero de 1981 hasta el 3 de abril de 1983, interregno que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

arroja un total de 416.14 semanas, tiempo que debe reflejarse en la historia laboral.

Por tal razón, atendiendo las 416.14 semanas que no fuesen imputadas por COLPENSIONES, junto con las 1263 que se reflejan en la historia laboral del demandante, cuenta con un total de 1692 semanas, densidad de tiempos suficiente para que la encartada en su momento efectuara el reconocimiento y pago del derecho pensional.

Que interpretando la demanda, expone el operador judicial que lo que pareciera que solicita el demandante es la acumulación de aportes en los términos de que trata la Ley 71 de 1988, situación que no es procedente como quiera que no es beneficiario del régimen de transición en tanto, no ostenta los requisitos dispuestos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con ocasión de lo anterior, fue por lo que el *a-quo* adujo que la prestación pensional a analizar se debía realizar bajo la égida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, y al ser su última cotización en el mes de octubre de 2019, fue por lo que consideró que la prestación debía reconocerse a partir del 1º de noviembre de 2019.

Respecto del pago de los intereses moratorios, adujo que el demandante reclamó el derecho pensional el 7 de mayo de 2019, por lo que para dicha calenda ya cumplía con el derecho pensional, de ahí que COLPENSIONES debió reconocer la pensión dentro de los cuatro meses siguientes, es decir, hasta el 6 de septiembre de 2019, pero en razón a que el demandante siguió efectuando cotizaciones hasta el mes de octubre de esa anualidad, fue por lo que impuso los intereses a partir del 1º de noviembre de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre este tópico, argumentó que la procedencia de esa condena operaba en razón a que claro fue que el demandante demostró los aportes cotizados al HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES y el HOSPITAL BAUDILIO ACERO DE TURMEQUÉ, por lo que la encartada debió tenerlos como imputados y no debió proceder con trabas al actor para que dichos aportes tuviesen que ser demostrados por este, más aún si a pesar que fueron cotizados ante CAJANAL, era evidente la responsabilidad de la encartada en el sentido de no tener ajustada la historia laboral del señor JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESPITIA.

Por último, el fallador de instancia impuso condena en costas a COLPENISIONES en la suma de 10 S.M.L.M.V.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Sostuvo en su alzada la inconformidad de la condena en costas impuestas a su cargo, para que en su lugar se absuelva o se disminuya su valor, teniendo en cuenta que la actuación dentro del presente asunto siempre fue bajo la premisa de la buena fe y en cumplimiento de la ley, además que debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P., las costas procesales no se encuentran causadas y acreditadas y, de llegarse a imponer la condena por este concepto se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera en los términos del artículo 48 de la Constitución.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como argumento primigenio, si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que le fuese reconocida al demandante señor JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESPITIA.

De prosperar lo anterior, también deberá auscultarse si resulta procedente la condena por concepto de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, se determinará si son de recibo los argumentos de COLPENSIONES para la absolución de la condena en costas impuestas a su cargo.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el *sub-examine*, la Sala advierte en principio, que no fue objeto de reproche el hecho que el demandante laboró al servicio del HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES y el HOSPITAL BAUDILIO ACERO TURMEQUÉ en los siguientes interregnos:

_ En el HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1975 y el 2 de febrero de 1981, según se desprende del formato CLEBP No. 1 (Fl. 12 – Expediente Digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

_ En el HOSPITAL BAUDILIO ACERO DE TURMEQUÉ por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1981 y el 4 de junio de 1983, conforme se acredita del formato CLEBP No. 2 (Fl. 92 – Expediente Digital).

Tampoco el hecho que, como se advierte de la historia laboral del demandante que emitiera COLPENSIONES (Fls. 129 a 142 – Expediente Digital), registra un total de 1275.46 semanas.

Así las cosas, y verificado el *petitum*, se logra interpretar de la demanda que, en inicio lo que pretendió el actor fue una pensión de jubilación teniéndose en cuenta tiempos públicos y privados, aspecto que conlleva a que deba analizarse si es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto, tenemos que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su artículo 1º, Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, era menester que acreditaran los requisitos, cuyo plazo máximo era el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando tuviesen 750 semanas al 29 de julio de 2005.

Verificados los requisitos, se aprecia que el actor no es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el referido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, como da cuenta la copia del registro civil de nacimiento y la copia de la cédula de ciudadanía nació el 19 de abril de 1956 (Fls. 10 a 12 – Expediente Digital), por lo que al 1º de abril de 1994 tenía 37 años de edad, adicional a que, como se denota de los tiempos cotizados, no cumplió con los 15 años de servicios ya que tan solo cotizó 416.14 semanas (Fls. 12 y 92 – Expediente Digital).

Aunado a ello, si bien el demandante cotizó las 416.14 al servicio de Hospitales del sector Departamental y Municipal respectivamente, lo que da cabida a que el régimen transicional empezara a regir a partir del 30 de junio de 1995 conforme lo dispone el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, a esta fecha tampoco se beneficiaría del régimen de transición, ya que no cuenta con la densidad de semanas suficientes; circunstancia por la cual, como lo determinó el *a-quo*, su prestación debe analizarse a la luz de lo regulado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

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

(...)”

Bajo esta óptica, claro es que el demandante al haber nacido el 19 de abril de 1956, y en atención de la disposición normativa en comento, cumplió 62 años de edad el 19 de abril de abril de 2018, calenda para la cual contaba con más de 1300 semanas al sistema, incluyendo los tiempos cotizados al HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES y el HOSPITAL BAUDILIO ACERO TURMEQUÉ, aspecto por el que, como lo definió el fallador de instancia, es merecedor de la pensión de vejez como quiera que adquirió los requisitos mínimos preceptuados en la norma en cita.

d. De la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En este punto, precisa la Sala que al igual que lo determinado por el fallador de instancia, el demandante durante toda su vida laboral acreditó un total de 1692 semanas, siendo su última cotización en el mes de septiembre de 2019 según se advierte de la historia laboral (Fls. 129 a 142 – Expediente Digital).

Es por ello, que si bien no se reporta novedad de retiro por su último empleador que lo fue “CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS”, como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019, ante la voluntad del demandante de no continuar cotizando al sistema puede deducirse que se satisfizo con el requisito de que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para la adquisición de la prestación, pues esa situación puede entenderse como un retiro tácito.

Bajo este escenario, y contrario a lo decidido por el *a-quo*, la pensión de vejez del demandante debió reconocerse a partir del 1º de octubre de 2019 y no desde el 1º de noviembre de esa anualidad; sin embargo, debido a que el demandante no reparó lo decidido en primera instancia, se mantendrá incólume este aspecto ya que el proceso se estudia en consulta a favor de la encartada.

Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe calcularse con toda la vida laboral o, con los últimos diez años, como quiera que el demandante cotizó más de 1250, y una vez confrontada la liquidación que realizara el Juzgado, se aprecia que la misma se ajusta a los presupuestos legales, lo que conlleva a que el monto pensional allí determinado se mantenga incólume.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tanto, al determinarse el valor de la mesada pensional al 1º de noviembre de 2019 en la suma de \$982.968, se tiene que el monto del retroactivo por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2019 y el 30 de noviembre de 2021, sobre 13 mesadas pensionales al año, asciende a la suma de \$27.617.305 como se aprecia a continuación:

DESDE	HASTA	No. DE MESADAS	VALOR MESADA	VALOR ANUALIDAD
1/11/2019	31/12/2019	3	\$ 982.968	\$ 2.948.904
1/01/2020	31/12/2020	13	\$ 1.020.321	\$ 13.264.173
1/01/2021	30/11/2021	11	\$ 1.036.748	\$ 11.404.228
TOTAL RETROACTIVO				\$ 27.617.305

Sobre el anterior retroactivo se autorizará a COLPENSIONES para que realice los respectivos descuentos en salud, lo que da lugar que la decisión de primer grado se adicione por este aspecto.

e. De los intereses moratorios.

Sea lo primero indicar, que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Analizado entonces el caso de marras, se tiene que en efecto se configuró un indebido actuar por parte de COLPENSIONES para el reconocimiento y pago del derecho pensional, por cuanto, no resulta de justificación el hecho que desde la fecha de supresión y liquidación de la extinta CAJANAL conforme lo reguló el Decreto 2196 de 2009, hayan transcurrido más de diez años sin que la entidad no haya resuelto la situación de las cotizaciones del demandante al servicio del HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES y el HOSPITAL BAUDILIO ACERO TURMEQUÉ, pretendiendo impartir dicha carga al propio actor cuando se le puso trabas para la efectivización de los bonos pensionales, situación que a juicio de la Sala es accesible para fulminar condena por este concepto.

La fecha en que se determinó el pago de los intereses moratorios, esto es, a partir del 1º de noviembre de 2019, se mantendrá incólume, pues si bien la reclamación administrativa fue elevada por el demandante 7 de mayo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2019, por lo que atendiendo el término de los cuatro meses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 podría imponerse la sanción desde el 7 de septiembre de 2019, de llegarse a modificar el mismo se estaría perjudicando a la entidad, a quien por demás el presente proceso se le está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta al tenor del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por lo que este aspecto se mantendrá incólume.

f. De la prescripción.

En este asunto no operó el fenómeno prescriptivo respecto de ninguna mesada pensional, toda vez que el demandante elevó reclamación administrativa el 7 de mayo de 2019, presentándose la demanda el 2 de septiembre de 2019 como lo corrobora el Acta individual de reparto (Fl. 111 – Expediente Digital), talante que advierte que no operó el término de los tres años de prescripción regulados en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. en concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S.T.

g. Del pago de las costas procesales.

COLPENSIONES argumenta en su recurso de apelación que la absolución de las costas procesales señalando que las mismas sean reducidas o revocadas, toda vez que se vería perjudicada en atención del principio de sostenibilidad financiera, más aún cuando actuó de buena fe.

Sobre el particular, se tiene que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura cuando la parte resulta vencida en juicio, por lo que resulta palmario que al haberse decidido que COLPENSIONES debe reconocer la pensión de vejez del demandante en los términos de que trata la Ley 797 de 2003, junto con el pago de los intereses



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

moratorios, claramente es responsable de la condena en costas dispuestas en primer grado, máxime cuando para su imposición no se deban analizar aspectos subjetivos.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

Frente al monto determinado en la suma de 10 S.M.L.M.V., no es este el momento para refutarlos, ya que existe la etapa procesal correspondiente para resolver lo pertinente, por lo que la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 17 de junio de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en e sentido de determinar que se deberá condenar como retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2019 y el 30 de noviembre de 2021 la suma de \$27.617.305, valor respecto del cual se **AUTORIZA** a la demandada a realizar los respectivos descuentos en salud, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en esta decisión.

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

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 11001 31 05 011 2017 00 097 01
Demandante: VICTOR GONZÁLEZ GRACÉS
Demandado: WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH y
 WEATHERFORD COLOMBIA LIMITED
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por el extremo accionado en contra de la sentencia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor VICTOR GONZÁLEZ GARCÉS promovió demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades WEATERFORD COLOMBIA LTD y WEATERFORD SOUTH AMERICA GMBH, a fin que se declare que prestó sus servicios para la empresa PIPE SERVICE INC, hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, en el cargo de Supervisor de Soldadura por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1974 y el 15 de marzo de 1990, sin que existiese solución de continuidad, percibiendo como último salario la suma de \$367.500, finiquito que sucedió con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ocasión a un retiro voluntario. Asimismo, se declare que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 60 años de edad.

Como consecuencia de las pretensiones de carácter declarativo, deprecia el reconocimiento y pago de la pensión sanción en los términos del artículo 8º de la Ley 161 de 1971 y el Decreto Reglamentario 1160 de 1972, o en su defecto, en los artículos 133 y 141 de la Ley 100 de 1993, por haber laborado con el empleador PIPE SERVICE INC por más de 17 años, ostentar más de 60 años de edad y haberse retirado de manera voluntaria al servicio de la demandada.

Igualmente, pretende la indexación de la primera mesada pensional y la indemnización moratoria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo como supuestos fácticos que prestó sus servicios para la sociedad PIPE SERVICE INC en el cargo de Supervisor de Soldadura por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1974 y el 15 de marzo de 1990, sin que existiera solución de continuidad, devengando como última asignación salarial mensual la suma de \$367.500, finiquito contractual que acaeció como consecuencia del retiro voluntario.

Que nació el 14 de junio de 1948, y la sociedad PIPE SERVICE INC, hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión aquí perseguida.

Precisó que el pasivo de la sociedad PIPE SERVICE INC se encuentra en la actualidad a cargo de las demandadas WEATHERFORD COLOMBIA LTD y

WEATERFORD SOUTH AMERICA GMBH, así como que el objeto social de estas es la prestación de servicios para la industria petrolera.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad WEATERFORD SOUTH AMERICA GMBH contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas por el demandante. En sus argumentos no discutió los extremos de la relación laboral, el último cargo desempeñado y el salario devengado, finiquito que expone ocurrió por la renuncia presentada por el actor

Además, aclaró que con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo se suscribió un acuerdo conciliatorio ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, a través del cual se acordó que con ocasión de la bonificación reconocida al accionante se declaraba a paz y salvo por cualquier concepto prestacional y derecho de la seguridad social que le hubiese podido asistir, así como la imputación de esta suma de dinero a cualquier otro derecho laboral pasado, presente o futuro, acuerdo que hizo tránsito a cosa juzgada.

Adicionalmente, adujo que si lo pretendido por el actor no es la pensión sanción sino la restringida de jubilación por retiro voluntario, la misma tampoco goza de prosperidad, pues como lo precisa el demandante, el cumplimiento de los 60 años ocurrió en el año 2011, calenda para la cual ya había empezado a regir la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión sanción reclamada, improcedencia de la aplicación de la Ley 171 de 1961, improcedencia del pago de la indexación de la primera mesada pensional, improcedencia de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condenar por indemnización moratoria, improcedencia del pago de los intereses moratorios, buena fe y prescripción.

Por su parte la sociedad WEATERFORD COLOMBIA LTD indicó que en ningún momento existió relación laboral alguna con el demandante, de ahí que se atenderá a lo que resulte probado dentro del proceso.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, buena fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de junio de 2021, condenó a las demandadas a reconocer y pagar al demandante la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en cuantía inicial de \$2.355.542, a partir del 14 de junio de 2008, con los respectivos reajustes anuales y sobre 14 mesadas pensionales.

Igualmente, condenó a las encartadas a reconocer la prestación de manera indexada al momento del correspondiente pago, autorizando los respectivos descuentos en salud y declaró probada la excepción de prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de febrero de 2014.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no existe discusión en la prestación de servicios personales del demandante en favor de la sociedad GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED, hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1974 y el 15 de marzo de 1990, como da cuenta la conciliación celebrada por las partes ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de marzo de 1990,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

momento en el cual decidieron terminar el contrato de trabajo, interregno que abarca un total de 15 años y 81 días.

Que en tal sentido y, de conformidad con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida para constituir el riesgo de vejez, sino para garantizar la estabilidad del trabajador a efectos de reprimir al empleador de despedir a sus trabajadores después de cierto tiempo de servicios, de ahí que la misma no fuese derogada por la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, es por lo que el demandante ostenta los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, siendo el primero de ellos el servicio prestado por más de 15 años y, el segundo, que el actor se retiró de manera voluntaria, estatus pensional que adquirió a partir del 15 de marzo de 1990 cuando culminó su contrato de trabajo, quedando supeditada la causación a la fecha que cumpliera 60 años de edad, que lo fue el 14 de junio de 2008.

Fue por ello, que decidió ordenar el pago indexado de la pensión considerando para tal efecto el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, argumentando a su vez, que en razón a que el demandante no cumplió con su carga procesal de acreditar lo devengado durante el último año de servicios al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., la pensión sería calculada sobre el último salario devengado que ascendió a la suma de \$367.500, el cual, al actualizarse a la fecha de retiro que lo fue el 15 de marzo de 1990, al cumplimiento de los 60 años de edad, esto es, el 14 de junio de 2008, la prestación asciende a la suma de \$4.121.683.

También reseñó que, la pensión al ser proporcional a la que le hubiese correspondido de manera plena, el porcentaje asciende al 57.15%, como quiera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que el total de los días laborados entre el 18 de diciembre de 1974 y el 15 de marzo de 1990 fue de 5.486 días, lo que significa que el monto de la primera mesada pensional asciende a la suma de \$2.355.542, la cual deberá reconocerse a partir del 14 de junio de 2008, junto con los reajustes de ley y las mesadas adicionales de junio y diciembre, y de manera indexada desde la fecha en que se hicieron exigibles, junto con los respectivos descuentos en salud.

Adujo que no procedía el pago de intereses moratorios debido a que no se configuraban los presupuestos para su reconocimiento.

Por último, con ocasión de la excepción de prescripción la declaró probada de manera parcial respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de febrero de 2014, toda vez que la presentación de la demanda se llevó a cabo el 6 de febrero de 2017.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión las sociedades demandadas la apelaron, argumentando en primer lugar que, sin mayor apreciación, el fallador de instancia ordenó condena en contra de WEATERFORD SOUTH AMERICA GMBH y WEATERFORD COLOMBIA LTD, sin que se hubiese efectuado un análisis en el hecho que se trata de compañías diferentes e independientes, máxime si se tiene en cuenta que frente a WEATERFORD COLOMBIA LTD, ninguna relación laboral existió con el demandante, como quiera que la misma se constituyó para el año de 1994, esto es, con posterioridad al finiquito del contrato de trabajo entre el demandante y WEATERFORD SOUTH AMERICA GMBH.

Que en lo que concierne a la sociedad WEATERFORD SOUTH AMERICA GMBH, aduce que gozan de prosperidad los medios exceptivos formulados, pues debe tenerse en cuenta que no resulta aplicable el artículo 8º de la Ley 171 de 1961,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

más aún cuando el demandante dentro del proceso con radicación 2015-00725 que cuenta con decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia, reclamó también por este tiempo el reconocimiento de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Que adicionalmente, debe tenerse en cuenta el acuerdo conciliatorio, en el que también se incluyeron los derechos perseguidos en el presente proceso, sin que resulte procedente efectuar un estudio de la pensión restringida de jubilación.

Finalmente, manifestó que de confirmarse la decisión de primera instancia, debe tenerse en cuenta que no fue analizada la figura de la compartibilidad pensional con ocasión de una pensión de vejez, sumado a que la pensión debe analizar bajo la égida del artículo 133 de la ley 100 de 1993.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de las demandadas, la Sala analizará como primer problema jurídico si se configuró la excepción de cosa juzgada; adicionalmente si le asiste el derecho al aquí demandante al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De prosperar el planteamiento anterior, se auscultará la figura de la compartibilidad pensional.

Por último, habrá de determinarse la responsabilidad de la condena impuesta respecto de la encartada WEATERFORD COLOMBIA LTD.

c. Del caso en concreto:

Previo a resolver los planteamientos jurídicos expuestos, debe advertirse en primer lugar que: (i) no fue objeto de reparo que entre el aquí demandante y GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED, hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1974 y el 15 de marzo de 1990, en virtud del cual el actor se desempeñó en el cargo de Supervisor de Soldadura, cuya última retribución básica mensual ascendió a la suma de \$367.500, (ii) que la terminación del contrato de trabajo celebrado entre las partes finalizó por retiro voluntario y con ocasión a un acuerdo conciliatorio que las partes realizaran ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de marzo de 1990 y, (iii) que cumplió 60 años de edad el 14 de junio de 2008 como da cuenta la copia del Registro Civil de Nacimiento.

Ahora bien, respecto de la excepción de cosa juzgada, esta se persigue bajo el entendido que la demandada WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH manifiesta en su alzada que no puede desconocerse el acuerdo conciliatorio suscrito con el demandante ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de marzo de 1990, pues allí se incluyeron los derechos perseguidos dentro del presente asunto y, por consiguiente, resulta improcedente el derecho a la pensión restringida de jubilación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Confrontada entonces la conciliación referida (Fls. 71 a 73), se desprende que quedó plenamente consignado que la renuncia del actor como trabajador de WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH se produjo de manera voluntaria, aunado a que por tal retiro, las partes en su momento acordaron una serie de pagos al trabajador tales como salarios pendientes, auxilio de cesantías, intereses al auxilio de cesantías, vacaciones, prima de servicios, así como una serie de bonificaciones económicas que le otorgó la empresa por el tiempo servido y por el buen comportamiento y colaboración, últimas que podían ser imputadas en cualquier momento al pago de cualquier otro derecho laboral presente, futuro o que le hubiere podido corresponder al señor VICTOR GONZÁLEZ GARCÉS por causa y con ocasión del tiempo trabajado.

Sobre este aspecto, deja asentado la Sala que dentro del presente asunto no se configura la excepción de cosa juzgada formulada por la encartada, en tanto, clara ha sido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en afirmar que el hecho de que exista una conciliación previa a deprecar la pensión restringida de jubilación que aquí nos ocupa, en nada impide que esa prestación no deba reconocerse; tan es así, que la esencia del reconocimiento de la pensión de Ley 171 de 1961, es precisamente el retiro voluntario que suceda como ocurrió en el caso de marras.

Más aún si por el hecho de la suscripción de una conciliación, el trabajador deba entenderse como un sujeto pasivo que deba desprenderse de sus derechos intrínsecos que pudieren llegar a configurarse, como es el asunto de la pensión restringida de jubilación a la postre de la Ley 171 de 1961. Así lo trató el órgano de cierre en sentencia SL4617-2021, Radicación No. 50314 del 29 de marzo de 2017, en la que expuso:

“Tales afirmaciones no impedían que el tribunal, de modo razonable, hubiera entendido, del texto íntegro de la demanda, de su contestación y de las pruebas allegadas al plenario, que la pretensión del demandante era la pensión restringida por retiro voluntario que a la postre le reconoció, regulada por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en atención a que en los fundamentos de derecho se alude a la citada normativa y que el actor acreditó un tiempo de servicios de 17 años y 4 meses, y demostró que la terminación de la relación se dio por mutuo acuerdo, modalidad que el tribunal equiparó al retiro voluntario de que habla la norma, lo cual tampoco luce desacertado, cuando en ese sentido, esta Sala de Casación, en sentencia del 16 de julio de 2001, rad. 15555, precisó que el mutuo acuerdo plasmado en una conciliación con el cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico, criterio que ha sido reiterado entre otras, en las sentencias CSJSL, 6 sep. 2011, rad. 45545 y CSJSL, 859 -2013, 4 dic. 2013, rad. 43701. Esto dijo la Corte:

[...] Con todo, los cargos tampoco estarían llamados a la prosperidad, por cuanto de tiempo atrás ha sostenido la Corte que partiendo del supuesto de ser el contrato de trabajo un acuerdo de voluntades, y de que el trabajador, como sujeto de derechos tiene capacidad para celebrarlo e igualmente para terminarlo, ni su celebración ni su terminación pueden ser entendidas como actos en los cuales él es mirado como un objeto que pasivamente se somete a las decisiones de aquél con quien contrata. La dignidad que como ser humano tiene el trabajador obliga a rechazar cualquier concepción doctrinaria que dé base para concluir que el trabajador no está en condiciones de deliberar en un momento dado si le conviene o no permanecer bajo un determinado vínculo contractual, y mucho menos que tenga la obligación de aceptar cualquier propuesta, por bien intencionada que ella sea, de su patrono, y que no le es lícito discutirla o proponer fórmulas de arreglo diferentes, bien sea para seguir trabajando o para dejar de hacerlo y terminar por mutuo consentimiento el contrato de trabajo.

“Una propuesta de acuerdo que haga un empleador puede estar inspirada por la mejor de las intenciones y ser en verdad la más benéfica para los trabajadores; sin embargo, en la medida en que el trabajador no la acepte, por no considerarla conveniente a sus propios intereses -y así su juicio pueda resultar a la postre equivocado-, no puede serle impuesta. Si el empleador estuviera en condiciones de imponer su voluntad sobre la del trabajador, sin que a éste le fuera lícito expresar su propio punto de vista, so pena de incurrir en un acto de grave indisciplina o deslealtad o infidelidad hacia su empleador, se le estaría negando su condición de ser racional, libre y digno. El trabajador tiene derecho a tomar sus propias decisiones y si se equivoca sufrirá las consecuencias de su error; pero, y en la medida en que el patrono no representa sus intereses, a él, como asalariado, siempre le será legalmente posible discutir las condiciones de empleo o de retiro del trabajo.

“Lo anterior para significar que en casos como el sub examine, cuando trabajador y empleador deciden a través de un acta de conciliación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*celebrada ante el funcionario competente, **terminar la relación laboral por mutuo consentimiento**, es acertado afirmar que en esta decisión, no obstante presentarse una oferta económica por parte del empleador, medió la voluntad del asalariado para finiquitar ese vínculo contractual, **circunstancia que no desdibuja el retiro voluntario a que se refiere el artículo 8 de la Ley 171 de 1961**, al exigirlo para la configuración de la pensión de jubilación restringida después de quince años de servicio.” (Negrillas fuera del texto original).”*

Así las cosas, al configurarse el requisito del retiro voluntario, lo pretendido por la actora no goza de prosperidad.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que 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 reitera, que se encuentra plenamente demostrado que el demandante laboró al servicio de GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED, hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1974 y el 15 de marzo de 1990, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, la carta de terminación presentada por el demandante, copia de la liquidación del mismo y el acta de conciliación que suscribieran las partes el día 16 de marzo de 1990 ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá (Fls. 17, 18 y 71 a 73



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y 76); circunstancia por la cual, claro resulta para esta Corporación que el señor VICTOR GONZÁLEZ GARCÉS laboró por espacio de 15 años y 86 días.

En la misma forma, se demostró que el contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, tal y como se advierte de la citada acta de conciliación, situación última asimilada a una terminación voluntaria por parte del trabajador según postulados incluso jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo una de ellas la sentencia SL4617-2017, Radicación No. 50314 del 29 de marzo de 2017, SL4595-2021, Radicación No. 79444 del 11 de octubre de 2021, SL4882-2021, Radicación No. 75162 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

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 15 años y 86 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.

Adicionalmente, 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 sentencias SL4762-2021, Radicación 83402 del 11 de octubre de 2021, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es por ello que atendiendo los argumentos hasta aquí expuestos, le asiste derecho al extremo accionante al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a partir del 14 de junio de 2008, calenda última en que cumplió la edad de 60 años como da cuenta la copia de su Registro Civil de Nacimiento (Fl. 16).

Ahora, también se aduce en la alzada que el actor no puede percibir esta prestación al tenor de lo consagrado en la Ley 90 de 1946, aspecto que no resulta de asidero ya que, en atención de los postulados jurisprudenciales, entre otros en las sentencias SL4820-2021, Radicación No. 75741 del 20 de octubre de 2021, SL4696-2021, Radicación 72827 del 12 de octubre de 2021, SL4625-2021, Radicación No. 82387 del 20 de septiembre de 2021, se ha establecido que ante la operancia del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, tal entidad asumiría de manera gradual el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleados debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado para efectos del reconocimiento pensional, sin que esa situación en nada impidiese el reconocimiento aquí deprecado, máxime si como se ha esbozado, la Ley 171 de 1961 es una prerrogativa causada con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

De otra parte, tampoco le asiste el derecho a la demandada que alegue el hecho que el demandante reclamó unos pagos por aportes al sistema de seguridad social dentro del proceso 2015-00725, ya que por el simple resultado que se tratan de aportes pensionales, no implica que la pensión aquí reconocida se afecte por ese aspecto.

d. De la figura de compartibilidad pensional:

En atención a que WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH argumentó la compartibilidad pensional, es menester que la sentencia se adicione sobre este aspecto, en el entendido que en tratándose de la figura de la compartibilidad y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

compatibilidad pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 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 14 de marzo de 1990, habrá de adicionarse 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En cuanto al monto de la misma, incluida la tasa de reemplazo aplicada y el salario para calcularla, se mantendrá incólume lo decidido por el *a-quo*, pues este tópico no fue refutado en el recurso de apelación que ocupa a la Sala.

e. De la condena impuesta a la demandada WEATERFORD COLOMBIA LTD.

El demandante presentó la demanda en contra de las demandadas GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED, hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH y WEATERFORD COLOMBIA LTD a efectos de que se reconociera la pensión restringida de jubilación de que trata la Ley 171 de 1961, pero siendo claro en los supuestas fácticos de la presente demanda que, con quien prestó servicios fue WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH y WEATERFORD COLOMBIA LTD, anteriormente llamada GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED.

Pues bien, confrontados los certificados de existencia y representación legal de ambas demandadas (Fls. 7 a 10 y 11 a 15), se aprecia que en efecto WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, empresa que se itera, fue con la que el actor suscribió el vínculo laboral conforme se aprecia incluso del contrato de trabajo y el acta de conciliación suscrita el 16 de marzo de 1990 ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá (Fls. 71 a 73 y 75 a 76), es una persona jurídica totalmente ajena a WEATERFORD COLOMBIA LTD como da cuenta su distinción de creación, más aún si se tiene en cuenta que esta última se constituyó como una Sucursal de la “*SOCIEDAD ETERRA COLOMBIA LIMITED DOMICILIADA EN TORTOLA ISLAS VIRGENES BRITÁNICAS*” el 20 de mayo de 1994 e inscrita el 26 de mayo de esa anualidad, lo que da cuenta que su constitución fue con posterioridad al contrato de trabajo objeto del reconocimiento pensional.

Mientras que WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH se constituyó inicialmente como una Casa Principal de la Ciudad de Bogotá mediante Escritura



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Pública del 31 de octubre de 1960, inscrita el 4 de noviembre de esa anualidad inicialmente con el nombre de “*GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED*”, mismo que en su momento fue con quien el demandante suscribió el contrato de trabajo.

Así las cosas, al encontrarte demostrado que WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH no es un sujeto de identidad organizacional y/o jurídica a WEATERFORD COLOMBIA LTD, es por lo que se revocará parcialmente la decisión de primer grado en el sentido de absolver de condena alguna a la última enunciada.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada WEATERFORD COLOMBIA LTD de las condenas impuestas, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de DETERMINAR que la pensión restringida de jubilación reconocida al aquí demandante señor VICTOR GONZÁLEZ GRACÉS en los términos de que trata la Ley 171 de 1961 y, en responsabilidad de WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, es compartible



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con la posible pensión de carácter legal por vejez que llegase a causar por intermedio de COLPENSIONES.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 11001 31 05 014 2019 00 439 01
Demandante: BLANCA LUCILA CARREÑO LEON
Demandado: COLPENSIONES PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA LUCILA CARREÑO LEON formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLPATRIA,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hoy PORVENIR S.A. en el mes de agosto de 1995. Por ende, se declare válida su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenidos en su cuenta de ahorro individual y, a su vez, se ordene a COLPENSIONES tener como válida su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 14 de noviembre de 1962, afiliándose al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, el 11 de mayo de 1981; seguidamente en el mes de agosto de 1995 se afilió a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., debido a la visita de la administradora a las instalaciones de su empleador el Club Hípico Bacatá, para luego afiliarse a PROTECCION S.A. en el mes de junio de 2007. Así mismo alega acreditar 1927 semanas.

Con respecto a la afiliación verificada en PORVENIR S.A., expuso que la misma no estuvo precedida de la suficiente información veraz, clara y completa, pues no fue asesorada sobre las diferencias, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como las implicaciones que tenía el traslado de régimen en su derecho pensional.

Con todo, expone que realizando un cálculo de su mesada pensional para el año 2019 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sería de \$3'407.874, a diferencia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que oscilaría entre \$1'274.682; aduce que se elevaron distintos derechos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

petición a las entidades demandadas con la finalidad de lograr la ineficacia o nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las cuales fueron contestadas de manera negativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCION S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que la afiliación que se realizó a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., es un acto jurídicamente válido, consensuado y precedido por la voluntad libre y espontánea de la demandante, sin que se presentara algún vicio en el consentimiento que pudiera derivar en una eventual nulidad, sumado a que la demandante se encuentra en la prohibición legal para trasladarse.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta en la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General en Pensiones y la innominada o genérica

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones consignadas en la demanda, por estar la demandante afiliada válidamente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que la misma se realizó de manera libre y voluntaria, sin que la actora estuviese incurso en alguna prohibición legal para hacerlo, destacando que no es beneficiaria del régimen de transición.

Propuso como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su parte PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones formuladas por la parte demandante bajo los argumentos que la afiliación a este fondo se llevó a cabo de manera voluntaria y sin presiones, tal como aparece en la solicitud de vinculación, así mismo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse, y que la ineficacia que refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está ligada a conductas dolosas que en ningún momento fueron alegadas ni acreditadas por la accionante.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, luego de conocer el proceso proveniente del Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., por lo que ordenó a PROTECCION S.A., última AFP donde en la actualidad se encuentra afiliada, remitir con destino a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las primas de seguro, comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación y de manera indexada. Así mismo, ordenó a COLPENSIONES aceptar a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

Para llegar a esa conclusión, la juez argumenta con base en distintas disposiciones legales y postulados jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no es cualquiera la asesoría que se deben



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

brindar las AFP administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sino aquella que permita la libertad informada, por lo que su infracción está castigada con la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Señala que el deber de información existía y estaba contemplado en normas vigentes al traslado de la demandante que lo fue en el año de 1995, como el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el literal f) del artículo 72 del Decreto 663 de 1993 y el numeral 1° artículo 97 de la misma normativa.

Además, refirió la juzgadora, que frente a las negaciones de carácter indefinido de la demandante, se trasladó la carga de la prueba a PORVENIR S.A. para acreditar situación contraria en los términos de que trata el 167 del C.G.P., carga probatoria que no fue cumplida como quiera que no se allegó prueba distinta al formulario de afiliación por parte de PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que el referido documento no tiene la potestad de llevar al convencimiento al juez del tipo de asesoría brindada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. apeló la decisión argumentando que la declaratoria de ineficacia no tiene sustento, pues se cumplió con la obligación de dar la información en la asesoría brindada en el momento del traslado, sin que se tuviera en cuenta la declaración del testigo RICARDO MORENO PINZÓN, quien da cuenta que se informó sobre las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y basado en un programa computarizado para determinar si era viable tenerla como afiliada.

Asimismo, se refiere a los actos de relacionamiento tomados y desarrollados por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenidos en las sentencias SL-3752 y 1061 de 2021 principalmente, pues en su sentir deben estos ser aplicados al tener una gran similitud en los supuestos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fácticos del presente litigio. Finalmente se opone a la devolución de gastos de administración pues se estaría ocasionando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por no existir norma que ordene tal consecuencia, más aún si legalmente no están destinados a financiar la pensión de la demandante. Ante esto último, estima que opera el fenómeno prescriptivo.

PROTECCIÓN S.A. presentó inconformidad frente al numeral tercero de la sentencia proferida y que se circunscribe a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, fundamentada en el posible enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, pues manifiesta que estos gastos no están destinados a financiar la pensión de la demandante y la administradora tiene derecho a conservarlos como contraprestación por su administración, según el artículo 1746 del Código Civil y los postulados emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; trae a colación lo expresado por la Superintendencia Financiera sobre los dineros que se deben devolver, acotando que entre estos no están contemplados los gastos de administración, según el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008. Por último, hace alusión a la prima de seguros, la cual expresa que es imposible hacer la devolución, pues esos dineros se han destinado a pagar la póliza de seguro previsional por invalidez y muerte a una aseguradora, quien es un tercero de buena fe.

Por su parte COLPENSIONES interpuso recurso contra la sentencia argumentando que no deberían ser perjudicados por una decisión a raíz de una relación ajena, pues nada tenía que ver en el negocio jurídico realizado por la demandante y las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., ello en tanto COLPENSIONES deberá eventualmente hacerse cargo de la pensión de la demandante, afectando el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su vez, resalta que la accionante está inmersa en la prohibición legal para trasladarse y concluye manifestado que en caso de mantenerse la condena se reintegre la totalidad de la cotización como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, así como que se pague por el daño que genera el traslado según los presupuestos del derecho civil.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad 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 si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la señora BLANCA LUCILA CARREÑO LEON realiza su traslado de régimen a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 24 de julio de 1995 (Fl. 36 del documento 001 del expediente digital), y el formulario suscrito con PROTECCION S.A. del 12 de abril de 2007 (Fl. 150 del documento 001 del expediente digital); si bien, en ambos formularios se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“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.”*

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado a la demandante no se extrae que haya confesado que fue informada sobre las características, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, pues manifiesta que en la asesoría recibida se omitió la información sobre los rendimientos de su cuenta individual, la posibilidad de heredar los montos en caso de muerte, la cantidad de capital que debía acumular para poderse pensionar, el funcionamiento de los aportes voluntarios para incrementar el monto de su pensión y lo que ocurriría con sus cotizaciones en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al trasladarse de régimen. La anterior situación también se presenta en la testigo ANA SILVIA TORRES, quien manifestó ser compañera de trabajo de la actora, de ahí que manifestó que ambas se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para la misma época, sin que haya aseverado el efectivo cumplimiento del deber de información.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguidamente, del testimonio rendido por el señor RICARDO MORENO PINZÓN, quien fue el asesor de la antigua AFP COLPATRIA S.A., y quien trasladó a la demandante a PORVENIR S.A., se puede colegir que la única información brindada a la actora fue la de pensionarse anticipadamente mediante aportes voluntarios y el rendimiento de su cuenta de ahorro, no obstante, se prescindió de características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad básicas, como el capital necesario para pensionarse, la sucesión de sus aportes en caso de no adquirir su derecho pensional, la posibilidad de trasladarse a COLPENSIONES y lo que pasaría con sus anteriores cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, entre otras.

Es más, de sus dichos se puede auscultar la falta de conocimiento que el testigo tenía como asesor de a AFP COLPATRIA para realizar las afiliaciones de traslado como sucedió en el caso de la demandante, pues nótese que el declarante incluso expuso que el único perfil que tenía en su entonces para desarrollar la labor de asesor, era el de bachiller y opcionalmente tener experiencia en ventas, aunado al hecho que como él mismo lo indicó, ni siquiera tuvo una adecuada capacitación por parte de la antigua AFP – hoy PORVENIR S.A. en tanto, expuso que se le capacitó en una semana, tiempo que resulta inadecuado para que un asesor de ese entonces pudiese emitir un concepto técnico y legal a sus potenciales afiliados sobre las características y condiciones entre uno y otro régimen pensional.

Otro aspecto a resaltar, es que el testigo en lo que concierne a la asesoría brindada a sus clientes, en especial a la aquí demandante, manifestó que tenía como políticas de la AFP que los presuntos potenciales afiliados para pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debían ser personas hasta 40 años de edad, pues de lo contrario, no les sería benéfico dicho régimen, situaciones todas que advierten una indebida información que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conllevó a que la actora se trasladara en su entonces, la cual resulta ineficaz a la luz del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

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

Sobre los actos de relacionamiento, tesis traída a colación por el apoderado de PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:

“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implica tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

“Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento»,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016”.

De tal manera que la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber ni por PORVENIR S.A. y tampoco por PROTECCION S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la inconformidad de los apoderados de PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. con respecto a la devolución de los gastos de administración y primas de seguro, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

Por esto último queda subsumida la petición de la apoderada de COLPENSIONES frente a una reparación a la entidad que representa, pues como se explicó anteriormente, la devolución de los dineros con ocasión a la afiliación de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán devueltos para poder cumplir con la carga de reconocer el derecho pensional de la accionante.

Con todo, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. Por ende, no se avizora además un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, así como para los gastos de administración, como en el caso que nos ocupa.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

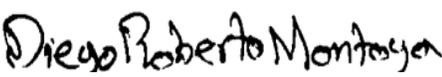
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

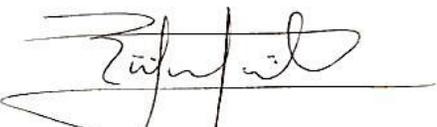
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 15 2020 00112 01
Demandante: ABEL JOSÉ FERIA PÉREZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y
 PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor ABEL JOSÉ FERIA PÉREZ formuló demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se aplique el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la C.N. Por ende, se efectúe su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con los respectivos aportes a que haya lugar, al no suministrar en legal orden el deber de asesoría y buen consejo con ocasión a ambos regímenes pensionales.

Asimismo, se reconozca la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES y el retroactivo pensional, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 8 de marzo de 1956, por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes de 2018.

Que efectuó cotizaciones a COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 1978 y el mes de mayo de 1997, afiliándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de junio de 1997, a través de PROTECCIÓN S.A.

Sostuvo que realizó un traslado con destino a PORVENIR S.A. en el mes de julio de 2008, así como que los asesores de las AFP privadas de la época no le brindaron el deber de asesoría y buen consejo al momento de su afiliación, como tampoco el de la doble asesoría, ni le informaron la diferencia de cada régimen pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demandada con oposición de todas y cada una de las pretensiones formuladas. Argumentó que con ocasión al traslado perseguido por la demandante carece de legitimación para pronunciarse, como quiera que la afiliación que se realizara en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue un acto en el que no tuvo injerencia alguna.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que en virtud a que la demandante persigue la nulidad basada en el hecho de que fue engañada al no brindársele una información clara, oportuna y veraz sobre su traslado, es a la accionante a quien le corresponde demostrar que efectivamente se configuró alguno de los vicios del consentimiento de que trata el artículo 1508 del Código Civil.

Formuló las excepciones denominadas prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A. indicó que el demandante se afilió ante sus dependencias el 12 de diciembre de 1996, afiliación que se llevó a cabo conforme a la ley de manera libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, por lo que las pretensiones del actor no gozan de prosperidad.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y traslado de los aportes a otra administradora.

PORVENIR S.A. argumentó en su contestación que el demandante se encuentra afiliado ante sus dependencias desde el 1º de julio de 2008, por lo que la información que se le suministró por parte de los asesores comerciales en cada una de las características de que trata el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, fue oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, siendo finalmente el afiliado quien eligió vincularse a dicho régimen pensional de forma libre, voluntaria e informada.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación que realizara que efectuara el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 12 de diciembre de 1993 a través de la AFP COLMENA – hoy PROTECCIÓN S.A.

Por consiguiente, ordenó a PORVENIR S.A., AFP a la que actualmente se encuentra afiliado el actor, trasladar los recursos que obran en su cuenta de ahorro individual junto con los respectivos rendimientos con destino a COLPENSIONES, para que esta a su vez reciba dichos recursos, reactive la afiliación y acredite las semanas efectivamente cotizadas.

Igualmente, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del demandante de la pensión de vejez en los términos de que trata la Ley 797 de 2003, la cual se hará exigible y se reliquidará una vez se acredite el retiro efectivo del sistema general de pensiones por parte del actor; sin condena en costas en sede de primera instancia.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó el fallador de instancia que teniendo en cuenta la fecha de afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la antigua AF COLMENA, la cual se realizó el 12 de diciembre de 1996, y en atención del principio *iura novit curia*, determinó que de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se deben respetar los términos de permanencia, el cual corresponde a tres (3) años según lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, el cual debe contarse a partir del momento que se reguló el tiempo de escogencia que lo fue a partir del 1º de abril de 1994.

Que por tal razón, son ilegales las afiliaciones que se hayan realizado en el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1994 y el 1º de abril de 1997, por lo que al haberse llevado a cabo la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del 12 de diciembre de 1996, la misma no se encuentra dentro del marco legal para su procedencia, postulados

que por demás se respaldan en decisiones emanadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Seguidamente, expuso que en atención de los planteamientos expuestos por la parte demandante, la afiliación debe analizarse bajo la figura de la ineficacia como lo regula el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual se acompasa con la posición que adoctrinó la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que PROTECCIÓN S.A. – anteriormente COLMENA, no cumplió con el deber de información y buen consejo, toda vez que la única prueba que obra en este aspecto es el formulario de afiliación, sin que obre algún documento adicional o una prueba testimonial que pruebe lo contrario, máxime si se tiene en cuenta que el demandante en el interrogatorio de parte rendido no confesó haber recibido una información adecuada a los presupuestos legales que exige la norma y la jurisprudencia.

En lo que atañe al reconocimiento de la pensión de vejez perseguida, argumentó el *a-quo* que según se desprende de las semanas acreditadas al plenario, para el mes de abril de 2021 el actor ostenta un total de 1.322 semanas y nació el 8 de marzo de 1956, de ahí que haya cumplido 62 años de edad el 8 de marzo de 2018; circunstancia por la cual, es merecedor de la pensión de vejez a la luz de los preceptos de la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo contenido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es la fecha de retiro del sistema que en la actualidad no se ha llevado a cabo como lo indicó el mismo demandante, tópico que, al no encontrarse demostrado, fue por lo que concluyó que la prestación se supeditaría a su reconocimiento hasta que se realice el mentado retiro del sistema general de pensiones. Esa decisión, conllevó además a que el Juez no condenara por retroactivo alguno como tampoco por los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por último, frente al pago de las costas procesales, expuso que si bien el artículo 365 del C.G.P. dispone que la parte vencida debe ser condenada en costas, a su juicio, indicó que en estos casos de ineficacia o nulidad de traslado considera la absolución respecto de esta condena. Ello por cuanto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES no tuvo ninguna injerencia del traslado que realizó el demandante y en la actualidad, ni siquiera se encuentra plenamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Frente a los fondos pensionales, adujo que los mismos en su momento consideraban que por la sola afiliación del formulario se entendía válida la afiliación, y fue por una línea jurisprudencial que surgió el deber de información que se estudia en la actualidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que se deben imponer costas procesales a las encartadas, por cuanto el presente asunto tuvo un desgaste procesal.

También reseñó que los extremos demandados sabían sobre la prosperidad de las condenas aquí impuestas, motivo por el cual, debieron conciliar en aras de evitar un desgaste procesal, aspectos todos que evidencian una mala fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

En segundo lugar, la Sala auscultará si al aquí demandante le asiste el derecho pensional conforme a lo decidido por el operador judicial de instancia.

Como tercer estudio, se establecerá si es procedente la condena en costas procesales a los extremos accionados.

c. Del caso en concreto:

Para resolver la controversia del *sub-examine*, y en atención de que el presente asunto también se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los términos de que trata el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., debe indicarse como primera medida que no fue objeto de discusión el hecho que el demandante inicialmente estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 28 de febrero de 1978, como da cuenta el reporte de semanas que acreditara COLPENSIONES con fecha de actualización al 16 de marzo de 2021 (Fls. 213 a 219).

Tampoco el hecho que el 12 de diciembre de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la antigua AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. y, con posterioridad, más exactamente, el 22 de mayo de 2008 se trasladó con destino a la antigua AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., situaciones todas que se corroboran con los respectivos formularios de afiliación y el certificado SIAFP que emitiera ASOFONDOS (Fls. 116 y 182 – Cd – folios 55 y 60 Digital).

Así las cosas, debe advertir la Sala que el *a-quo* en inicio de sus argumentos para declarar la ineficacia del traslado, sostuvo que la misma operaba por cuanto el demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 12 de diciembre de 1996, determinando que según lo establece el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dicha normativa sostiene que los afiliados podrán escoger el régimen de pensiones en cuanto a los términos de permanencia, sumado a que, esa reglamentación ubica que ese término corresponda a tres (3) años según lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, el cual debe contarse a partir del momento que se reguló el tiempo de escogencia que lo fue el 1º de abril de 1994, por lo que las afiliaciones que se hayan realizado por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1994 y el 1º de abril de 1997 resultan inexistentes, situación que sucedió en este evento, toda vez que su vinculación al régimen privado se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

produjo el 12 de diciembre de 1996, argumento que no es de recibo para la Sala como pasa a exponerse.

Es menester recordar que el Decreto 692 de 1994, en sus artículos 11 - inciso final, 15 – inciso 1, y 17, a la letra rezan:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.

“[...]

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

“Artículo 15. Traslado de régimen pensional. *Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior”.*

“Artículo 17. Múltiples vinculaciones. *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

Bajo este escenario, puede colegirse que las personas afiliadas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al 31 de marzo de 1994, podían continuar vinculados a dicha entidad en cualquier tiempo, pero para aquellas que seleccionaran el régimen pensional después del 1º de abril de 1994, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía la prohibición legal de trasladarse durante un interregno de tres años.

En reciente jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL214-2020, Radicación No. 73134 del 5 de febrero de 2020 efectuó un análisis lo anteriormente argüido donde asentó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“De las disposiciones transcritas se colige que la múltiple vinculación se produce, entre otros eventos, cuando el afiliado a uno de los regímenes del sistema de seguridad social en pensiones, se traslada entre estos por fuera del plazo legal previsto en el ordenamiento jurídico para tal fin, de allí que es oportuno tener en cuenta que: **i) para los afiliados que estuvieron vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo**; ii) para las personas que seleccionen el régimen pensional, después del 1º de abril de 1994, solo es posible el traslado luego de transcurridos tres años, término modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para prever un plazo superior de cinco años.*

“Ahora bien, al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en caso de que el afiliado cambie de régimen pensional antes de los términos legales previstos, será válida, exclusivamente, la última vinculación que cumplió con el tiempo mínimo de permanencia. Así se señaló en la sentencia CSJ SL4777-2019, en la que se recordó que:

“[...] Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a esta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.”

Así las cosas, de las pruebas obrantes al plenario, este cuerpo Colegiado puede concluir que, al haberse vinculado el demandante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y en especial al antiguo INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 28 de febrero de 1978 (Fls. 213 a 216), esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no trasgredió la permanencia, como quiera que no se llevó a cabo por fuera de las prerrogativas dispuestas en el Decreto 692 de 1994, pues al haber realizado cotizaciones a partir del año 1978, contrario a lo argumentado por el *a-quo*, no debía respetar la permanencia de los tres años en el RPM para que la afiliación al RAIS cobrara validez.

Es por ello que no le asiste razón al *a-quo* para declarar una ineficacia basado en los preceptos del Decreto 692 de 1994.

A pesar de lo anterior, y bajo el entendimiento que la afiliación fue legal según los presupuestos normativos esbozados, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del



Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad 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 si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación que efectuara el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 12 de diciembre de 1996 ante la AFP COLMENA – hoy PROTECCIÓN S.A., y el 22 de mayo de 2008 (Fls. 116 y 182 – Cd – folios 55 y 60 Digital), última donde se encuentra afiliado en la actualidad, que, si bien refieren 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, manifestó la carencia de la misma por parte de la asesora del fondo de pensiones de PROTECCIÓN S.A. de la época, sumado a que, de su declaración se extrae que no se le brindó información sobre la distinción de ambos regímenes, situaciones todas que conllevan a que la Sala pueda colegir que no se confesó por activa el suministro de una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como tampoco las diferencias que entre los mismos se distinguen, con la finalidad de capacitar lo suficiente al afiliado y aquí demandante para que el traslado de la época se realizara acorde a los postulados legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

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



	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en la declaratoria de ineficacia.

Respecto a la devolución de 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

Por ende, se adicionará en ese aspecto la decisión de primer grado, en razón a que el proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, y de no retornarse estos rubros, se estaría afectando notoriamente su patrimonio. Con todo, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



De otra parte, 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, la excepción de prescripción resulta impróspera.

d. De la pensión de vejez.

Como quiera que se accedió a la ineficacia del traslado de régimen, resulta atinado entrar a determinar si el demandante, en efecto tiene derecho a la pensión de vejez reclamada en las pretensiones incoadas.

Sobre este punto, tenemos que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, a efectos de acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años,
o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su artículo 1 Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, era menester que acreditaran los requisitos, cuyo plazo máximo era el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando tuviesen 750 semanas al 29 de julio de 2005.

En el presente evento se tiene que el accionante nació el 8 de marzo de 1956 (Fl. 19), por lo cual, para el 1º de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad, por lo que en principio no es beneficiario del régimen de transición, adicional al hecho que no contaba con 15 años de servicio o cotizados puesto que acreditó 234 semanas. Por lo que en ninguna circunstancia se ve favorecido por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, por ende, se atiene su condición al artículo 33 de la misma norma que establece, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

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

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

Atendiendo dicha prerrogativa, el accionante cumplió 62 años de edad el 8 de marzo de 2018, y como lo determinó el fallador de instancia, se aprecia de la historia aboral acreditada por PORVENIR S.A. que para el mes de abril de 2021 acreditó un total de 1.322 semanas cotizadas (Fl. 188 – Cd Digital); circunstancia por la cual, es merecedor de la pensión de vejez a la luz de los preceptos de la Ley 797 de 2003.

A pesar de lo anterior, el demandante no cuenta con la fecha de retiro, lo que conlleva a que la prestación quede supeditada a que se cumpla con este

requisito y en tal sentido, la decisión de primer grado se confirmará sobre este puntualísimo aspecto.

e. Del pago de costas procesales en primera instancia.

Se aqueja la parte demandante de la procedencia de las costas procesales en tanto, existió un desgaste del aparato judicial que perduró más de un año, sumado a que los extremos demandados sabiendo que podían culminar el proceso previamente por intermedio de una conciliación, no llevaron a cabo ese actuar.

Ahora bien, respecto a la inclusión de las demandadas en la condena en costas solicitada por la parte demandante, el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura cuando la parte resulta vencida en juicio, por lo que resulta palmario que al haberse decidido de una parte, que COLPENSIONES debe mantener la afiliación al demandante como si nunca se hubiese trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de otra, que tanto a PROTECCIÓN S.A. como PORVENIR S.A. se les ordenó retornar las contingencias pensionales del actor al considerarse ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, claro es para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que las encartadas fueron vencidas en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anterior se adicionará y revocará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** en costas de primera instancia a **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

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

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **23 2020 00474 01**
Demandante: VÍCTOR MANUEL MOTTA SEPÚLVEDA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y POVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor VÍCTOR MANUEL MOTTA SEPÚLVEDA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., para que previo trámite judicial correspondiente se declare que inició cotizaciones el 20 de agosto de 1979 en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que las afiliaciones que efectuó en 1997 y 2004 a los fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR, respectivamente, son ineficaces, inválidas y/o nulas e ilegales ya que se incumplió con el deber de suministrar información completa, veraz y comprensible por parte de esas administradoras sobre las ventajas y desventajas de los diferentes regímenes pensionales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladarlo a COLPENSIONES, junto con los aportes de su cuenta individual, sus rendimientos y los gastos de administración que se hayan descontado. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES recibir la afiliación y acreditar en su historia laboral el tiempo cotizado a las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además se ordene el pago de la sanción establecida por la ley, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones indicó que nació el 9 de abril de 1958, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 20 de agosto de 1979, acreditando 13 años de cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que realizó traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A. en mayo de 1997 y posteriormente a PORVENIR S.A. en octubre de 2004; que los asesores de las administradoras al momento de la afiliación no le explicaron las consecuencias de dicho traslado ni los beneficios otorgados por cada uno de los regímenes con el fin de tomar una decisión de manera libre y consciente.

Refirió que radicó derecho de petición ante las enjuiciadas el 17 de febrero 2020 en aras de obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación, solicitudes que fueron desatadas de forma desfavorable por las administradoras de pensiones. Finalmente, indicó que el 16 de noviembre de 2016 el Juzgado Noveno Laboral del Circuito Laboral de Bogotá, emitió sentencia en la que condenó a OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC., a pagar las cotizaciones a su favor por concepto de pensión durante la vigencia de la relación laboral, previo cálculo actuarial que realice COLPENSIONES, decisión que fue confirmada por esta Corporación el 13 de junio de 2017, ante la cual se presentó recurso de casación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el demandante se trasladó al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, máxime cuando no obra prueba que demuestre vicio en el consentimiento aunado a ello que se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993.

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

Asimismo, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda resaltando que el actor realizó un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, de ahí que el formulario de vinculación señalara que fue suscrito de forma libre y espontánea, solemnizándose de esa forma un contrato entre el actor y ese fondo de pensiones, en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones entre las partes, por lo cual es evidente que la vinculación fue totalmente libre de constreñimiento y que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años para cumplir la edad límite de pensión.

Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación y falta de la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual modo, PORVENIR S.A. se opuso a los pedimentos del libelo introductorio, aduciendo que la afiliación del demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños después de ser ampliamente informado sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales, y que garantizó el derecho de retracto como lo dispone el artículo 3 del Decreto 1161 del 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

De otra parte, indicó que no procede la ineficacia a regulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues opera respecto de actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, situaciones que no fueron probadas y que además el promotor se encuentra incurso en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia el traslado entre administradoras realizado a PORVENIR S.A.

Asimismo, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver todos los valores que hubiese recibido entre el 1º de junio de 1997 y el 31 de diciembre de 2003 con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de cuenta individual, todos los frutos e intereses; junto con los rendimientos sin efectuar descuento alguno por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dineros que deben ser indexados al momento de su devolución, y autorizó a esa AFP como único descuento el dinero que transfirió a PORVENIR S.A. a razón del traslado el 1º de enero de 2004.

Igualmente, condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del promotor junto con los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

intereses causados y rendimientos pagados a dichas administradoras sin efectuar descuento alguno por gastos de administración ni por cualquier otro concepto; dineros que deben ser indexados al momento de su devolución. Finalmente, declaró que el actor se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Como fundamento de su decisión, adujo que de conformidad con los postulados legales emanados del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 21993, el afiliado tiene derecho a escoger libremente el régimen, siendo fundamental el consentimiento libre e informado que está a cargo de las AFP; de igual manera que de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia o el cuidado en los contratos incumbe a las AFP, por tanto, el deber de información está a cargo de las aseguradoras de pensiones, de quienes emanan una responsabilidad de carácter profesional.

Como soporte de la decisión trae a colación la sentencia 31989 de 2008 que concluye la necesidad de información, criterio que se ha venido ampliando en las sentencias SL 447 de 2017, SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, en las que se pueden extraer varias reglas identificables como la que el afiliado debe recibir una información clara, cierta, comprensible y oportuna, respecto de las características, diferencias riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Precisa que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte. Argumentos por los cuales declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, incluidos los gastos de administración, sin efectuar descuento alguno.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación en el que depreca se revoque parcialmente la sentencia en lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

referente al traslado de los gastos de administración, aduciendo que el descuento del mismo es autorizado legalmente por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que faculta a los fondos privados a realizar una reducción sobre los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones.

Aunado a ello que los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante evidencia que PROTECCIÓN S.A. realizó una debida gestión de la administración de los dineros que generan rendimientos a favor del demandante, ya que estos valores son considerablemente mayores a los que pudo obtener en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el sistema de capitalización propia que tiene el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo cual la decisión implica causar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y del demandante, al recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez.

A su vez, PORVENIR S.A. en su alzada expuso que no existieron vicios del consentimiento, por lo cual la decisión es contraria al principio de seguridad jurídica, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia a través de la jurisprudencia viene restando valor probatorio al formulario de afiliación, documento que constituye plena prueba de la existencia y validez del acto, en una época en la que los fondos no tenían la obligación de documentar las asesorías.

De la misma forma, solicitó tener en cuenta la sentencia SL 2220 de 2020 en la que la Corte Suprema de Justicia hizo alusión a los actos de relacionamiento que refieren a los distintos traslados que el actor ha realizado dentro de las distintas administradoras de los fondos privados. En lo atinente a los gastos de administración dijo que tal condena no es procedente dado que el descuento está autorizado por la Ley 100 de 1993, y estos se causaron a razón de la debida gestión de la AFP, sin que deba soportar un detrimento patrimonial injustificado, finalmente solicitó no ser condenada en costas.

COLPENSIONES en su recurso de apelación, solicito se absuelva a la entidad en consideración a que el demandante en el interrogatorio de parte dio cuenta de no tener certeza de las circunstancias en las que ocurrió su traslado primigenio y el traslados horizontal entre las AFP demandadas, y además fue negligente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al no consultar su situación pensional, lo que lleva a concluir que no existió falta por parte de los fondos al momento en que se efectuó la asesoría y, por ende, su vinculación resulta válida. De otra parte, sostuvo que con la devolución de los aportes se vulneraría el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por ende, no se pueden imponer cargas negativas a un tercero que no participó en un negocio jurídico.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 22 de abril de 1997 a la AFP PROTECCIÓN S.A. y el formulario de afiliación que efectuara el demandante el 20 de agosto de 2004 a la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A., formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan 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 pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado una debida información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte de los asesores de la AFP, que el motivo de su vinculación con las AFP fue porque aludieron el argumento que



el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado y que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad recibiría mejores rendimientos, situaciones todas que conllevan a que la Sala pueda colegir que la encartada PROTECCIÓN S.A. no acreditó que haya suministrado una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como tampoco las diferencias que entre los mismos se distinguen, con la finalidad de capacitar lo suficiente al afiliado y aquí demandante para que el traslado de la época se realizara acorde a los postulados legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consejo y doble asesoría.	Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.
---------------------------	---	---------------------------------

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en la declaratoria de ineficacia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, respecto a la inconformidad de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., en su alzada frente a 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

En virtud de lo anterior, y de acuerdo a lo expuesto por COLPENSIONES en su recurso de apelación sobre la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce la AFP en el recurso de alzada; de igual manera tampoco se presenta un desequilibrio financiero del sistema de seguridad social como lo aduce COLPENSIONES en el recurso de apelación interpuesto.

Sobre los actos de relacionamiento, tesis traída a colación por la apoderada de PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implique tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

“Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016”.

De tal manera que la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que la jurisprudencia impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, el cual no se encontró cumplido en el presente evento por pasiva,

Por otra parte, 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, la excepción de prescripción resulta impróspera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, respecto de las costas procesales, se debe tener en cuenta que el C.G.P. consagra un criterio objetivo, según el cual las costas corren a cargo de la parte vencida en juicio. En efecto, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. consagra que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, motivo por el cual se confirmará su imposición.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su totalidad la sentencia referente a la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

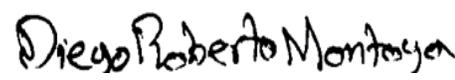
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

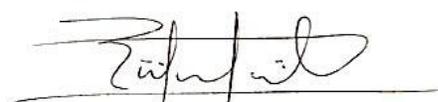
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **03 2015 00830 02**
Demandante: JHON CARLOS RAMOS MUÑOZ
Demandado: INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE CULTURA Y
TURISMO DE CUNDINAMARCA -IDECUT-
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, así como el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JHON CARLOS RAMOS MUÑOZ presentó demanda ordinaria laboral en contra del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE CULTURA Y TURISMO DE CUNDINAMARCA -IDECUT-, a efectos que se declare que la existencia de un contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes, con vigencia entre el 21 de julio de 2006 y el 25 de agosto de 2012; en consecuencia, se condene a la entidad accionada al pago de la bonificación por servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, más la devolución de los montos que sufragó por concepto de pólizas de garantía y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, más la indemnización por despido sin justa causa, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones expuso que fue vinculado mediante como Fliscornista (Euphonista) para laborar en la Banda Sinfónica Juvenil de Cundinamarca en los siguientes interregnos:

Modalidad	Número	Fecha	Duración
Contrato de Prestación de Servicios	184	21 de julio de 2006	5 meses
Contrato de Prestación de Servicios	450	17 de mayo de 2007	5 meses
Contrato de Prestación de Servicios	423	5 de noviembre de 2008	5 meses
Contrato de Prestación de Servicios	201	21 de mayo de 2009	8 meses
Contrato de Prestación de Servicios	043	4 de enero de 2010	8 meses
Contrato de Prestación de Servicios	58	8 de abril de 2011	3 meses y 15 días
Contrato de Prestación de Servicios	Adición No. 2 contrato 58	9 de marzo de 2012	5 meses y 15 días

Refiere que, en virtud de lo anterior la prestación del servicio se extendió hasta el 25 de agosto de 2012; que las labores que ejecutó como Contrabajista y Fliscornista (Euphonista), hacen parte de la misión institucional del IDECUT, la cual consiste en la valoración, preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, aunado a ello que las labores implicaban un carácter de dedicación exclusiva, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., de obligatorio cumplimiento so pena de ser objeto de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sanciones; que los conciertos y viajes eran establecidos directamente por el Director del IDECUT, estando subordinado a través del supervisor del contrato y el Director de la Banda Sinfónica.

Que ostentó el estatus laboral de trabajador oficial, no obstante, asumió de su patrimonio los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, adquiriendo además pólizas de cumplimiento. Finalmente, que agotó la reclamación administrativa el 18 de febrero de 2013, la cual fue desatada de manera desfavorable en oficio del 5 de marzo de 2013.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE CULTURA Y TURISMO DE CUNDINAMARCA -IDECUT- operó la *litis contestatio* señalando que la contratación se verificó en estricto cumplimiento de la Ley 80 de 1993 mediante órdenes de prestación de servicios; que el servicio no fue ininterrumpido, toda vez que entre los contratos 184-2006 y 450-2007, 423-2008 y 201-2009, 201-2009 y 043-2010, y 043-2010 y 058-2011, existieron lapsos de tiempo en los cuales no prestó el servicio; que no es cierto que haya sido contratado como Contrabajista, y no estuvo sujeto a horario de trabajo ni subordinación, acotando que la banda Sinfónica no ostenta personería jurídica y no hace parte de la estructura administrativa del IDECUT.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de los presupuestos fácticos y jurídicos que configuren contrato de trabajo, improcedencia para fallar de fondo por indebida capacidad del demandante ante la jurisdicción ordinaria laboral, en cuanto a su naturaleza, condición y objeto de la labor, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción de los derechos reclamados y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra y no emitió condena en costas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para tal efecto estimó inicialmente que el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 establece la clasificación de los empleos públicos, señalando que por regla general e personal que se vincule con los establecimientos públicos ostentan la calidad de empleados públicos y de forma excepcional la calidad de trabajadores oficiales, cuando sus funciones se limitan a la construcción y mantenimiento de obras públicas o cuando los estatutos de la entidad así lo determinen; de igual manera, de conformidad con el artículo 25 del Decreto de Ordenanza 261 de 2008, para todos los efectos legales las personas que prestan sus servicios al IDECUT tienen el carácter de empleados públicos, no obstante, en virtud de la Ley 1161 de 2007, los músicos sinfónicos tendrán el carácter de trabajadores oficiales y se vincularán mediante contrato de trabajo.

Una vez determinado lo anterior consideró acredita la prestación del servicio entre el 26 de julio del año 2006 y el 25 de agosto del 2012; por su parte los testigos MIREYA HERNÁNDEZ y VÍCTOR HUGO MANCERA, aseveraron que en la estructura orgánica de la entidad demandada no existe el cargo de músico, y por la manera en que se ejecutaban los contratos, quedó claro que se llevaron a cabo como un programa anual siempre que hubiera la disponibilidad presupuestal, por lo que en diversas ocasiones no se suscribían; aunado a ello la organización conllevaba a que se presentaran ensayos en ciertos días y con programaciones que requieran su asistencia en los distintos municipios del departamento, en todo caso siempre sujeta a que existiera disponibilidad presupuestal.

Por lo tanto, la actividad contratada no hace parte de la estructura orgánica de la entidad demandada y la ejecución no era permanente, constante e inmanente como es el ejercicio de la función administrativa. De otra parte, es viable la contratación de la prestación de un servicio artístico en razón a sus calidades personales especiales, y respecto de la subordinación, como consecuencia de la inasistencia del demandante a absolver el interrogatorio de parte, se declaró al actor confeso respecto de haber prestado dichos servicios sin subordinación ni dependencia, lo cual además se soporta en el hecho que existían meses en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los que las presentaciones eran mínimas, de lo que se infiere que el actor no cumplía un horario de trabajo.

Finalmente, en cuanto a las costas y agencias en derecho señaló que no fue tozuda la posición de la parte demandante y la ley no permitía que se accediera la petición del desistimiento de las pretensiones de la demanda, por lo cual absolvió de tal condena.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA Y RECURSO DE APELACIÓN:

Teniendo en cuenta que no se formuló recurso de alzada, es procedente dirimir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., a favor de la parte demandante.

De otra parte, por pasiva se sustentó la alzada en que se debe emitir condena al pago de costas procesales de conformidad con lo regulado en el artículo 365 del C.G.P., al establecer que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, sin hacer ningún tipo de distinción respecto a posiciones o labores que hayan ejecutado los apoderados de las partes.

De igual manera se debe tener en cuenta que se trata de un proceso radicado en año 2015 y se ha presentado un desgaste para la entidad, por lo que no es de recibo disponer la absolución del pago de costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin encontrar causal que invalide lo actuado, el problema jurídico gira en torno a determinar si entre las partes medió el contrato de trabajo, y en caso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de confirmarse la absolución, si es procedente la condena al pago de costas procesales a la parte demandante.

c. Del contrato de trabajo:

Se pretende por activa declarar que entre el señor JHON CARLOS RAMOS MUÑOZ y el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE CULTURA Y TURISMO DE CUNDINAMARCA -IDECUT-, existió, en virtud del principio de primacía de la realidad, un contrato de trabajo con vigencia entre el 21 de julio de 2006 y el 25 de agosto de 2012.

En ese orden de ideas, por activa se debe acreditar la prestación personal del servicio, evento en el cual se presume la existencia del contrato de trabajo, tal como lo consagra el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, siempre y cuando se ostente la calidad de trabajador oficial. Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4439-2021, Radicación No. 83670 del 20 de septiembre de 2021, señaló:

“Así se dice, porque al tenor de lo explicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 26539; CSJ SL3841-2015; CSJ SL4537-2019; CSJ SL825-2020 y CSJ SL4815-2020, en perspectiva del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de la irrenunciabilidad de los mínimos laborales del artículo 53 de la CP; así como de la presunción de subordinación que aparejan los artículos 1º de la Ley 6º de 1945 y 20 del Decreto 2127 de 1947:

“i) toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que al demandante le basta demostrar la ejecución de esta, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y es el empleador el que debe acreditar «[...] que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente, y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para tener tal condición».

“ii) La declaración judicial del vínculo subordinado lleva involucrada la concierne al legal que en verdad debió ostentar la persona al servicio de la entidad empleadora; vale decir, si es servidor del Estado, su condición de trabajador oficial o empleado público, lo cual determina la existencia de las garantías y derechos de los que ha debido ser beneficiario.

“Lo último, sin que importe, como se referenció en la sentencia CSJ SL3841-2015, relacionado con el artículo 122 de la CP, «[...] que los



servicios prestados por quien fue vinculado por un aparente contrato de prestación de servicios u otro de naturaleza distinta, [...] no estén previstos como actividades propias de un cargo establecido en la planta de personal de la entidad», pues, [...] no es el trabajador quien debe asumir las consecuencias de la imprevisión o el ilegal manejo de las relaciones laborales, en contra de las leyes sociales, que se presenten en el interior de las entidades del Estado, dado que, se insiste, ante el hecho cierto del surgimiento de una relación de trabajo, nace para ese trabajador subordinado el derecho a beneficiarse del régimen laboral aplicable a la calidad que tenga de trabajador oficial o empleado público, por virtud del principio señalado y el de la igualdad que rige nuestro ordenamiento constitucional y legal.

“Lo anterior, teniendo cuenta que no enerva la declaración del contrato de trabajo, la verificación formal de una atadura diferente de la subordinada, la falta de reclamación del trabajador durante la ejecución del vínculo o su capacidad para obligarse contractualmente, pues, en relación con los principios que se comentan, es obligación de los jueces del trabajo y de seguridad social, dejar de lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado.

Ahora bien, al plenario se aportaron los diversos contratos de prestación de servicios, cuyo objeto fue el de prestar el servicio artístico en la Banda Sinfónica Juvenil de Cundinamarca, de la siguiente manera:

(i) Contrato de prestación de servicios No. 184 del 26 de julio de 2006, por el término de cinco (5) meses (Fl. 30), como Fliscornista, con fecha de disponibilidad presupuestal del 21 de julio de 2006.

(ii) Contrato de prestación de servicios No. 450-2007 del 17 de mayo de 2007, por el término de cinco (5) meses (Fls. 36 a 41), como Barítono.

(iii) Contrato de prestación de servicios No. 423-2008 del 5 de noviembre de 2008, por el término de cinco (5) meses (Fls. 42 a 46), como Fliscornista.

(iv) Contrato de prestación de servicios No. 201 del 21 de mayo de 2009, por el término de ocho (8) meses (Fls. 47 a 48), como Fliscornista.

(v) Contrato de prestación de servicios No. 43 del 4 de enero de 2010, por el término de ocho (8) meses (Fls. 49 a 53), como Fliscornista.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(vi) Contrato adicional al contrato de prestación de servicios No. 43, suscrito el 13 de septiembre de 2010, por la duración de tres (3) meses y medio (Fls 54 a 55).

(vii) Contrato de prestación de servicios No. 58 del 8 de abril de 2011, por el término de once (11) meses y cuatro (4) adicionales para la liquidación (Fls. 61 a 71), como Fliscornista.

(viii) Documento adicional No. 02 del contrato de prestación de servicios No. 58, suscrito el 9 de marzo de 2012, por la duración de cinco (5) meses y quince (15) días, a partir del 10 de marzo de 2012 (Fls. 58 y 59).

Del anterior recuento se establece como primera medida que, a diferencia de lo señalado por activa, no se acredita de la prueba documental una prestación ininterrumpida del servicio entre el 21 de julio de 2006 y el 25 de agosto de 2012. Por el contrario, se avizoran interrupciones superiores a un mes. En efecto, el primer contrato estuvo vigente entre el 21 de julio de 2006 y el 21 de diciembre de 2006, suscribiéndose el segundo contrato el 17 de mayo de 2007, existiendo una interrupción de 4 meses y 26 días; de igual manera el contrato No. 423-2008 estuvo vigente hasta el 5 de abril de 2009, suscribiéndose el contrato No. 201 el 21 de mayo de 2009, con una interrupción de un mes y 16 días; finalmente el contrato adicional al contrato de prestación de servicios No. 43, tuvo una duración hasta el 28 de diciembre de 2010, suscribiéndose el siguiente contrato No. 58 el 8 de abril de 2011, con una interrupción de 3 meses y 10 días.

De otra parte, se declaró prelucida la oportunidad procesal para practicar la prueba testimonial ante la inasistencia de los testigos decretados a favor de la parte demandante, por ende, no existe medio de convicción alguno que acredite la continuidad de la prestación del servicio.

Una vez determinado lo anterior, es menester acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL866-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En efecto, sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que, cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

[...]

“El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017, rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340”.

En ese orden de ideas, se tiene que se acreditó una última prestación personal del servicio de manera ininterrumpida entre el 8 de abril de 2011 y el 25 de agosto de 2012. De tal manera que, en principio, se presumiría la existencia de un contrato de trabajo en dicho interregno de conformidad con lo regulado en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, teniendo en cuenta que se desempeñó como Fliscornista, respecto de lo cual el artículo 1º de la Ley 1161 de 2007, consagra que *“Los músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado tendrán el carácter de trabajadores oficiales y se vincularán mediante contratos de trabajo”.*

Ahora bien, pese a dicha presunción, se tiene que en el presente evento la parte demandante no compareció a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., por lo cual, en auto del 2 de marzo de 2021, se declaró confeso respecto de los hechos de la demanda susceptibles de confesión, expresamente que prestó el servicio sin subordinación ni dependencia. En ese orden de ideas, al confluir las presunciones y favor y en contra del actor, le correspondía demostrar que en efecto estuvo subordinado a la entidad accionada, hecho no acreditado en tanto no se aportó prueba testimonial que diera cuenta de ello.

De otra parte, la actividad contratada no fue continua como se alegó en la demanda y no se acreditó que haya estado sujeto al poder disciplinario o subordinante de la entidad, ni que se le haya impuesto un horario de trabajo, cobrando relevancia la presunción que el servicio se prestó de manera autónoma, esto es, sin mediar subordinación, más aún cuando la prueba documental da cuenta que los conciertos no se practicaban todos los días (Fls.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

125 a 142), situaciones fácticas que difieren de los hechos alegados en la demanda.

De igual manera los deponentes MIREYA HERNÁNDEZ y VÍCTOR HUGO MANCERA en efecto aseveraron que en la estructura orgánica del IDECUT no se contaba con cargos o empleos de músico, y la labor contratada se constituía en un programa que dependía de la disponibilidad presupuestal, sin que se haya ejecutado de manera continua y permanente.

De tal manera que la parte accionante no cumplió el *onus probandi* que le correspondía frente a la presunción de veracidad, y por el contrario se acreditó que el servicio no se prestó de manera ininterrumpida y subordinada, por lo cual se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

d. Costas procesales:

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte del IDECUT, se debe tener en cuenta que el C.G.P. consagra un criterio objetivo, según el cual las costas corren a cargo de la parte vencida en juicio. En efecto, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. consagra que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, sin consideración a aspectos subjetivos, como los tenidos en cuenta por el *a-quo* para absolver de su imposición.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Como corolario de lo anterior se revocará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, para en su lugar, condenar en costas de primer grado a la parte demandante. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de consulta y apelación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
Salvo voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2019 00652 01**
Demandante: ELIZABETH RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO, identificada con cédula de ciudadanía 1.061.783.671 y T.P. 314.157 del C.S. de la Judicatura, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

De igual manera desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELIZABETH RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. para que previo trámite



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

judicial correspondiente, se declare que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, a partir de mayo de 1979, en el cual se mantuvo hasta el mes de agosto de 1999, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A. a partir de abril de 2002, a través de engaño al habersele inducido a error, momento para el cual ostentaba 644.29 semanas, por lo que con anterioridad a su traslado contaba con una expectativa legítima de pensión.

Asimismo, se declare que COLFONDOS S.A. omitió el deber de información al no asesorarla de manera eficiente sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional; por tanto, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó en 2002 y se ordene su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, solicita se ordene reactivar su afiliación y se ordene a la AFP verificar la devolución a COLPENSIONES de todos valores provenientes de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, así como todos sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil.

En virtud de lo anterior, pretende se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se debe condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la prestación a partir del cumplimiento de los 57 años, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, refirió que nació el 27 de febrero de 1962, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre mayo de 1979 y agosto de 1999, acreditando 644.29 semanas; que en marzo de 2002 un asesor de la AFP demandada la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

persuadió de trasladarse a ese fondo privado de pensiones, aduciendo que era una entidad con mayor solidez, estabilidad y mejores garantías a nivel pensional.

Relató que el asesor le manifestó que accedería a su derecho pensional en una fecha anterior a la prevista en el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y en cuantía superior, en tanto dicha entidad sería reformada, incrementado los requisitos para acceder al derecho pensional en edad y semanas mínimas de cotización; que tampoco le expuso cual era el capital mínimo necesario para causar la pensión en ese régimen, o el capital que debía acumular de acuerdo a su nivel de ingresos y edad, siendo claro que de haber conocido los verdaderos efectos que su decisión le acarrearía no hubiera firmado el formulario de traslado. Además, adujo que no le realizó proyección pensional de su mesada en ambos regímenes, a fin de verificar cual le sería más favorable y que en general omitió información respecto del traslado de régimen pensional.

Precisó que en proyección que le realizara COLFONDOS S.A., se le indicó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad recibiría una mesada inicial de \$859.366, mientras que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, obtendría como primera mesada pensional la suma de \$2'639.942.

Relató que es beneficiaria de la pensión de vejez en los términos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues cumplió la edad requerida por dicho precepto normativo el día 27 de febrero de 2019, y que para el mes de mayo de esa misma anualidad contaba con 1428.29 semanas cotizadas.

Finalmente, sostuvo que, en aras de agotar la reclamación administrativa, la demandante elevó derecho de petición ante COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., solicitando el traslado de régimen con fundamento en la nulidad de la afiliación, pese a ello, dichas administradoras negaron su pedimento.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a la pretensiones del libelo introductorio, resaltando que la promotora efectuó el traslado de régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

manera libre y voluntaria el 4 de abril de 2002, sin ningún tipo de presión y que la información suministrada por los agentes de esa administradora fue suficiente, completa, clara y veraz, puesto que le indicó que el monto de la pensión se determinaría una vez cumpliera los requisitos de ley y solicitara la prestación pensional, la cual se calcula teniendo en cuenta variables como la edad, el capital acumulado y la tasa de rentabilidad, de ahí que el valor de la pensión depende de la actora y no del fondo de pensiones.

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

Asimismo, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones. Argumentó que el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra ajustado a derecho, por cuanto se realizó con plena voluntad de la cotizante, cumpliendo con los requisitos establecidos en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a que la demandante no probó los vicios del consentimiento alegados.

Formuló como excepciones de fondo la de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, la innominada y la no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de seguridad social del orden público.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 4 de abril de 2002, el cual fue efectivo el 1º de junio del mismo año y ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES los aportes, rendimientos financieros, el bono pensional y demás emolumentos integrantes de la cuenta de ahorro individual de la actora, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, o cualquier otra causa. Igualmente, ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la promotora del litigio sin solución de continuidad y reconstruir su historia laboral.

De otra parte, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la actora de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en la Ley 797 de 2003, en suma inicial de \$3'207.795, a partir del 1º de enero de 2020, sobre trece mesadas anuales y en consecuencia, ordenó el pago de \$64.517.415 por concepto de mesadas pensionales causadas del 1º de enero de 2020 al 31 de julio de 2021, autorizando a la entidad a descontar de esa suma lo referente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud; y ordenó la indexación de las mesadas pensionales adeudadas, desde la exigibilidad de cada una hasta que se realice el pago efectivo. Absolvió de las restantes pretensiones y declaró no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* trajo a colación lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, artículos 13 y 271, y memoró lo expuesto en sentencias emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 1942 de 2021, SL 1949 de 2021, que hacen referencia a la obligación de las administradoras de pensiones de suministrar información completa y comprensible, la evolución del deber de información y la carga de la prueba.

Indicó que no se demostró que el fondo privado cumpliera con el deber de información que se radica en cabeza de las AFP, para que haya una decisión libre y voluntaria, en el entendido que la carga probatoria de este aspecto está establecido en las administradoras de fondos de pensiones, sin encontrar confesión alguna por parte de la accionante en tal sentido, y sin que en nada incidan las calidades académicas de la actora, quien es abogada y además en nada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

incide la información que se le haya suministrado con posterioridad al traslado, pues lo que se echa de menos es la prueba que acredite que cumplió con ese deber al momento del traslado, lo que no se colige con el formulario de afiliación, por lo que declaró la ineficacia deprecada.

Asimismo, luego de emitir tal declaración, la falladora de instancia determinó que la demandante ostenta los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de vejez regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, pues cumplió 57 años de edad el 27 de febrero de 2019 y cotizó un total de semanas de 1.453, conforme el extracto expedido el 8 de enero de 2021, fue por lo que ordenó el pago de la prestación a partir del 1º de enero de 2020, junto con la respectiva indexación de cada mesada, sobre trece mesadas anuales, negando el pago de intereses moratorios y autorizando el respectivo descuento al Sistema General de seguridad Social en Salud.

De otra parte, refirió el juez de primera instancia que no operó el fenómeno prescriptivo respecto de ninguna de las mesadas pensionales de la demandante, y condenó al pago de costas al extremo pasivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de la *a-quo*, la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efecto de que se revoque en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, dado que no le asiste derecho a la demandante a que se conceda la ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que lo hizo con plena voluntad, lo que quedó demostrado con las pruebas obrantes en plenario, entre ellas, el interrogatorio de parte, dado que suscribió por su propia voluntad el formulario de vinculación con COLFONDOS S.A. y permaneció afiliada a esa administradora durante más de veinte años ,realizando cotizaciones de forma consistente.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, adujo que hasta el año 2016 el único medio de prueba con el que contaban los fondos privados de pensiones para probar el consentimiento del afiliado, se refería al formulario de afiliación y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el consentimiento vertido por parte del afiliado en el mismo, de ahí que tal documento es el único medio de prueba que le permitía a los fondos de pensiones comprobar el consentimiento informado, ya que las leyes que surgieron entre 1994 y 2016, no exigieron nada diferente a ese documento de afiliación. Además, que debe tenerse en cuenta la ratificación de la voluntad de la afiliada, ya que la promotora no demostró ningún interés en retornar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por el contrario continuó afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin solicitar ningún tipo de información a las administradoras de pensiones cuando no estaba inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, a efecto de solicitar su traslado cuando tuvo la oportunidad legal para hacerlo.

De otra parte, adujo que la actora cuenta con conocimientos jurídicos, los que le permitieron contar con una información precisa a efectos de tomar la decisión de trasladarse o de permanecer en uno u otro régimen, luego, el argumento de la falta de información no tiene cabida, y por ende no es dable su retorno, máxime cuando el deber de información solamente fue intensificado con la expedición de la Ley 1328 de 2009, sin que con anterioridad se exigieran las mismas formalidades, quedando así demostrado con el formulario de afiliación la información suministrada.

Sostuvo que la demandante cuenta con el estatus jurídico de pensionada, conforme la sentencia emitida por la Corte Suprema de justicia, Sala Laboral SL373 de 2021, por ende, no se puede retrotraer la situación jurídica al estado anterior, ya que existe una situación jurídica consolidada, pues la demandante cuenta con la edad de pensión y 1300 semanas cotizadas, además del capital necesario para acceder al derecho pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que conlleva a no sea posible acceder a la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más aun cuando no existe certeza de su retiro del sistema que permita determinar el disfrute de la pensión y el consecuente retroactivo, pues en el interrogatorio de parte que depuso la promotora, indicó que se encuentra laborando.

Finalmente, solicitó que de forma subsidiaria se ordene a la administradora de pensiones COLFONDOS S.A. trasladare todas las sumas de dinero que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encuentran en la cuenta individual de la actora, sin efectuar descuentos por gastos de administración y se revoque lo atinente al reconocimiento de la pensión, dado que no existe novedad de retiro del sistema que permita determinar el disfrute de la prestación pensional y un posible retroactivo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, se deberá determinar si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional y si le asiste el derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los precisos términos definido por la sentenciadora de instancia.

c. Del caso en concreto:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

podiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora a la AFP COLFONDOS S.A. (Fl. 130); formulario que, 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 pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte de la asesora del fondo de pensiones privado y que el motivo de su vinculación con esa AFP, obedeció a que le manifestaron que en esa entidad obtendría condiciones pensionales mejores que en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el cual estaba en quiebra, situación que generaría la pérdida



que sus aportes, situaciones todas que conllevan a que la Sala pueda colegir que COLFONDOS S.A., no acreditó que suministró una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como tampoco las diferencias que entre los mismos, con la finalidad de capacitar lo suficiente a la afiliada y aquí demandante para que en el traslado de la época se realizara acorde a los postulados legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

Aunado a lo anterior, advierte la Sala que no es óbice para negar la ineficacia deprecada, el argumento de la demandada COLPENSIONES en su alzada, referente a que la promotora cuenta con estatus de pensionada, dado que cuenta con la edad mínima, 1300 semanas cotizadas y el capital necesario para acceder al derecho pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que le impide acceder a la citada prestación en el régimen que administra, conforme lo preceptuado por el órgano de cierre de esta especialidad, precisiones que resultan desacertadas pues no se acompasa con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia SL1309-2021, Radicación No. 68091 de 24 de febrero 2021, en la que se dijo que *“para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar”*, lo que en el caso de autos no sucedió, dado que no obra probanza alguna en el trámite procesal en tal sentido.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

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

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

Lo anterior, para destacar que *a contrario sensu* a lo expuesto por la recurrente que entre 1994 y 2016, no se exigía nada diferente al formulario de afiliación, a través del cual se podía constatar la plena intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; manifestación que resulta contraria a la realidad como vino de verse, según se expuso en la anterior reseña evolutiva,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pues desde vieja data, más precisamente para la fecha del traslado de régimen de la promotora, esto es, para el año 2002, ya existía el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones, deber del que por demás no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, sin que además sea óbice para negar la ineficacia deprecada en atención a la condición de abogada de la promotora, pues no se comprobó que la actora contara para la data del traslado y con ocasión del cumplimiento del deber de información, la formación técnica y específica que demanda el tema que concita la atención de la Sala en esta oportunidad, tal como se expuso en sentencia SL SL3794-2021 con radicación No. 78755 de 25 de agosto de 2021; motivo por el cual, se reitera se encuentra ajustada a derecho la declaratoria de ineficacia emitida por la juez de primera instancia.

Ahora bien, acorde con los anteriores argumentos y dado que la convocada a juicio COLPENSIONES en su recurso solicita de manera subsidiaria se ordene a la demandada COLFONDOS traslade todos las sumas de dinero que se encuentran en la cuenta individual de la actora, sin efectuar descuentos por gastos de administración, debe indicar esta Corporación que no realizará pronunciamiento al respecto, dado que la falladora de instancia emitió condena en tal sentido, como se observa en los numerales segundo y tercero de la sentencia atacada.

Por otra parte, 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, la excepción de prescripción resulta impróspera.

d. De la pensión de vejez:

Solicita la demandada COLPENSIONES, en su recurso de apelación se revoque lo atinente al reconocimiento de la pensión de vejez a la promotora, dado que no



existe novedad de retiro del sistema, que permita determinar el disfrute de la prestación pensional y un posible retroactivo.

En ese orden de ideas, y dado que la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos dispuestos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, pedimento que fue despachado de forma favorable como se expuso anteriormente, resulta pertinente precisar conforme lo señaló la *a-quo*, la demandante no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que permite avanzar, como se decidió en primera instancia y lo solicitó la actora, con el estudio de dicha prestación en los términos del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

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

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

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

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

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

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

(...)”

De esta forma, palmario resulta entonces que la demandante nació el 27 de febrero de 1962 como da cuenta su registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía (Fl. 42 y 43 a 34), por lo que cumplió 57 años de edad el 27 de febrero de 2019, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, como lo determinó la falladora de instancia, se advierte que la actora cotizó un total de 1.453 semanas tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita del reporte de semanas de cotización que militan en el plenario (Fl. 45 a 48 - Cd Digital) y en el archivo 05 del expediente, identificado como *PO_Diciembre_de_2020_1524282 COLFONDOS.pdf*, impreso en enero de 2021; situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, que en el caso de la actora, por cumplir 57 años de edad en el 2019 debía acreditar como mínimo 1300 semanas de cotización.

A pesar de lo anterior, la demandante no cuenta con la fecha de retiro, según se avizora de los citados reportes de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, máxime que como lo expuso la recurrente, la demandante adujo en el interrogatorio de parte que rindió en la misma calenda en la que se emitió el fallo de primera instancia, que para ese momento asesoraba al Municipio de Cota a través de un contrato de prestación, es decir, con posterioridad a la fecha en la que se expidió el último de los referidos reportes, de lo que se podría inferir que posiblemente esté realizando cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo que conlleva a que la prestación quede supeditada a que se cumpla con este requisito.

En tal sentido, se adicionará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia y se revocarán en su integridad los numerales sexto y séptimo que determinaron el monto y la fecha de reconocimiento de la prestación pensional y ordenaron el pago del retroactivo el numeral séptimo; en lo demás se confirma la sentencia de primera instancia, conforme se expuso precedentemente.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

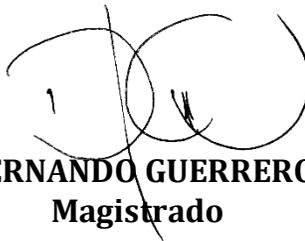
PRIMERO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de determinar que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez queda supeditada a que se acredite el retiro efectivo del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por parte de la demandante.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales sexto y séptimo de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

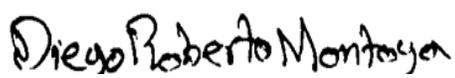
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

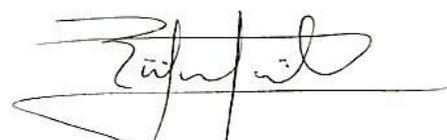
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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