

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA DEL CARMEN SARMIENTO TRIANA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, CON INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM GLORIA INÉS GONZÁLEZ GONZÁLEZ Y LITIS CONSORTE NECESARIO POR PASIVA DE ANNY JULIETH CUARTAS SARMIENTO.*

*En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Ana del Carmen Sarmiento Triana y contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, y en consulta respecto de las señoras Gloria Inés González y Anny Julieth Cuartas Sarmiento.*

**A N T E C E D E N T E S**

*Ana del Carmen Sarmiento Triana, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se*

*declare que en su calidad de compañera permanente del causante Jesús Antonio Cuartas Rodríguez le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un 100% desde el 16 de septiembre del 2000, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho. **Subsidiariamente,** se condene al reconocimiento de la indexación de las sumas objeto de condena.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 6, en los que en síntesis indicó que: conoció al causante Jesús Antonio Cuartas Rodríguez en abril de 1979; en 1980 tenían convivencia "interrumpida"; a finales de 1981 empezaron a compartir, lecho, techo y mesa de manera ininterrumpida hasta el deceso de Cuartas Rodríguez a causa de un accidente de tránsito el 16 de septiembre del 2000; tuvieron dos hijos de nombres Antony Alexander y Anny Julieth Cuartas Sarmiento, nacidos el 19 de octubre de 1983 y el 18 de junio de 1996, respectivamente; tanto ella como sus menores hijos dependían económicamente del entonces afiliado; durante las exequias que se llevaron a cabo en la ciudad de Manizales, tuvo conocimiento de que el occiso en vida contrajo nupcias con Gloria Inés González González el 20 de diciembre de 1975, cuyo registro se realizó el 19 de julio de 2016; en marzo de 2004 solicitó el reconcomiendo de la pensión de sobrevivientes, prestación que se negó mediante resolución No. 023312 del 15 de junio de 2006, mismo acto administrativo mediante el cual se adjudicó a la entonces menor Anny Julieth la indemnización sustitutiva, mientras que a la activa en su calidad de compañera permanente le fue prescrito el derecho; solicitó nuevamente la pensión de sobrevivientes y una vez más la entidad lo negó, la cual luego de ser recurrida se confirmó en la SUB 36174 del 7 de febrero de 2018; de igual manera, Gloria Inés petitionó el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el cual se negó en GNR 278424 del 19 de septiembre de 2016; en el expediente administrativo obran declaraciones extrajuicio de las señoras Cenelia y Orfilia Mejía Castañeda en los que aseguran que González González convivió con Jesús Antonio, hasta su muerte; el causante cotizó durante toda su vida 1000,57 semanas, de estas, más de 300 lo fueron antes del 1º de abril de 1994.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda se ordenó la integrar la Litis con las señoras Gloria Inés González González y Anny Julieth Cuartas Sarmiento (fls. 52 a 54), ésta última se notificó personalmente el 13 de julio de 2018 (fl. 61)*

*Gloria Inés González González presentó demanda (fls. 69 a 75) en la que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de cónyuge supérstite, así como el pago del retroactivo, la indexación e intereses moratorios y lo ultra y extra petita, y las costas; aduciendo que contrajo matrimonio con el causante el 20 de diciembre de 1975 con quien convivió de manera singular hasta el deceso.*

*En proveído del 29 de octubre de octubre de 2018 (fls. 94 y 95) se tuvo por no contestada la demanda a Anny Julieth Cuartas Sarmiento.*

*Corrido el traslado de rigor, las demandas fueron contestadas por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 106 a 124); en cuanto a los hechos, aceptó la calidad de afiliado del de cujus, la fecha del deceso de aquel, las semanas cotizadas, las reclamaciones y las decisiones adoptadas, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a favor de Anny Julieth Cuartas Sarmiento, sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso como medios de defensa las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica*

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 161) en la que negó las pretensiones de la demanda inicial y de la de reconvenición presentada por Gloria Inés González González, declaró probadas las excepciones de buena fe e inexistencia del derecho, y se abstuvo de imponer condena en costas.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado de Ana del Carmen Sarmiento Triana la recurre por considerar que en el expediente administrativo obran pruebas de la convivencia entre el causante y la actora, como lo son las declaraciones extrajuicio de María Consuelo Yate de Várelo y Julio César Almonacid quienes expresaron conocer la convivencia de la pareja conformada por Sarmiento Triana y el causante desde el 6 de abril de 1980 y hasta el fallecimiento del compañero, documental que se acompasa con la afiliación como beneficiaria en salud. Así mismo, debe atenderse a la investigación administrativa elaborada por Colpensiones en 2018, en la que concluyó la convivencia de la pareja hasta el año 2000, y que obra en el plenario por lo que ha debido valorarse, incluso la señora Gloria González da cuenta de la convivencia de Jesús Antonio Cuartas Rodríguez y Ana del Carmen Sarmiento Triana, aunado a que los actos administrativos no niegan la prestación a Ana del Carmen por no ser beneficiaria de la prestación, sino porque el otrora ISS determinó que de conformidad con el artículo 50 del acuerdo 049 de 1990 había prescrito la acción para hacer esta reclamación, de tal suerte que existe prueba indicativa no fue cuestionada, objetada, ni tachada por la parte contraria ni mucho menos por Colpensiones; se solicitaron tres declaraciones que en su oportunidad la a Juez no permitió que se volvieran a solicitar porque no asistieron a la diligencia programada por lo que solicita que en segunda instancia se decreten y practiquen los testimonios de Claudia Patricia Mican Sarmiento, Jorge Cuarta Rodríguez, Manuel Peñaloza Olivos.*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo al mandato del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Ana del Carmen Sarmiento Triana, y en consulta frente a las señoras Gloria Inés González y Anny Julieth Cuartas Sarmiento.*

## CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A COLPENSIONES

*Se encuentra acreditado en el proceso que Jesús Antonio Cuartas Rodríguez ostentaba la calidad de afiliado al ISS, hoy Colpensiones, según dan cuenta la Resolución N° 023312 del 15 de junio 2006 (fl. 21 a 25) y el reporte de semanas cotizadas (fls. 42 a 47); afiliado que falleció el 16 de septiembre de 2000, conforme se establece con el registro civil de defunción (fl. 20).*

#### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE*

*Solicitan la demandante y la interviniente ad excludendum el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de condición más beneficiosa, por cumplir los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.*

*Así las cosas, en lo que hace al mencionado principio, cumple resaltar que la norma con base en la cual se debe resolver una controversia referida al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha del deceso del causante afiliado o pensionado, como lo ha adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, entre otros en la sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 42193; que para el caso sería el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que estableció como requisitos para el reconocimiento respectivo: “a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte”, o “b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”. Encontrándose el de cujus en este segundo supuesto; empero, al revisar su historia laboral encuentra la Sala que en el año inmediatamente anterior al deceso cotizó 0 semanas.*

*No obstante, con el fin de minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley y proteger a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exigía la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubría la contingencia, la jurisprudencia nacional ha optado por acudir al principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva*

*norma que ha de aplicarse. Así, que si no se cumple con los requisitos vigentes al momento del deceso (Ley 100 de 1993 en su redacción original), se debe atender lo previsto en la norma derogada, siempre que se haya consolidado el derecho, que para el presente caso lo es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por ser ésta la norma **inmediatamente** anterior, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “dicho principio no se constituye en una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cuál se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia el futuro.”<sup>1</sup>; posición recientemente reiterada en la sentencia SL1938 del 10 de junio de 2020, con radicado N° 70924.*

*En este orden de ideas, se tiene que los artículos 6° y 25 del referido acuerdo exigían haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, o 300 semanas en cualquier época.*

*Las reglas y principios orientadores relacionados con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando el causante muere en vigencia de la Ley 100 de 1993 original, fueron sintetizados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4150 del 24 de septiembre de 2019, en la que rememora las sentencias SL11548 de 2015, SL29042 del 26 diciembre de 2006 y la SL28893 del 4 de diciembre de 2006, en los siguientes términos:*

*“1) Las 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez, y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, 1 de abril de 1994.*

*2) Los afiliados que fallecieron entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000, debieron haber dejado acreditadas 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los 6 años anteriores a su deceso, sumatoria que se contará desde el momento de la defunción, hacia atrás, permitiendo en todo caso, la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993.*

*3) Los afiliados que murieron después del 31 de marzo de 2000, como en el presente caso, debieron reunir 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al 1 de abril de 1994, y esa misma densidad, entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.”*

---

<sup>1</sup> Ver entre otras la sentencia del 30 de abril de 2014, rad. 57442 (MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz), 27 de agosto de 2008, rad. 3315 (MP Luis Javier Osorio López); 21 de julio de 2010, rad. 41676 (MP Gustavo José Gnecco Mendoza); 5 de abril de 2011, rad. 40492 (MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz); 6 de diciembre de 2011, rad. 49291 (MP Luis Gabriel Miranda Buevas); 10 de julio de 2013, rad. 41619 (MP Elsy del Pilar Cuello Calderón).

*Significa lo anterior, que se debe demostrar que el causante tenía cotizadas al ISS 300 semanas en cualquier época antes del 1° de abril de 1994 (fecha en que entró en vigor de la Ley 100 de 1993), o 150 en los 6 años anteriores a esa precisa data, y de cumplirse este último requisito, era menester también que el asegurado fallecido tuviese esa misma densidad de semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de su muerte.*

*Establecido lo anterior, verifica la Sala que, con anterioridad al 1° de abril de 1994, el causante acreditó más de 600,27 semanas cotizadas, de lo que se concluye que Jesús Antonio Cuartas Rodríguez dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad.*

#### **CALIDAD DE BENEFICIARIAS**

*Ahora, el precitado Acuerdo 049 de 1990, establece en el artículo 27 los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así: “1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado (...) 2. Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependan económicamente del asegurado y mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez y los estudiantes aprueben el respectivo período escolar y no cambien o inicien nueva carrera o profesión por razones distintas de salud. La invalidez será calificada por los médicos laborales del Instituto.”, a su vez, el artículo 29 de la precitada especificó: “Para que el compañero o compañera permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá, que sea soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos con el asegurado fallecido”.*

*En el caso de la señora **Gloria Inés González González**, se tiene que se aportó al plenario copia del registro civil de matrimonio, contraído con el de cujus el 20 de diciembre de 1975, cuyo registro se llevó a cabo el 19 de julio de 2016 (fl. 76) y el registro civil de Joana Cuartas González, hija de la pareja, quien nació el 8 de septiembre de 1977 (fl. 78).*

*De igual manera, se recibió el interrogatorio de la señora González González, quien manifestó haber estado casada por espacio de 20 años con Jesús Antonio, quien algunas veces se iba y la dejaba, pero luego regresaba, incluso señaló que el causante trabajó en Bogotá durante muchos años, radicándose aquél en el distrito capital, de tal manera que sólo la visitaba cada seis meses o cada año, y esa visita duraba un día; aseguró que sólo hasta el año 2018 reclamó la pensión, pues fue cuando conoció que otra persona estaba reclamando la prestación pensional de su cónyuge fallecido y que esa otra persona tuvo dos hijos con el entonces afiliado.*

*Se escucharon los testimonios de las señoras **Orfilia Mejía Castañeda**, quienes manifestaron no conocer a la señora Ana del Carmen Sarmiento Triana; señalaron que desde la infancia conoció a **Gloria Inés** y Jesús Antonio, adujo que la pareja estuvo casada por 9 o 10 años y de esa unión nacieron dos hijos; González González se devolvió para Manizales cuando el cónyuge se trasladó a la ciudad de Bogotá; la causa del deceso fue un accidente de tránsito en la ciudad de Manizales, aclara que conoció a Jesús Antonio pero poco lo trataba; era muy amiga de la hermana del occiso y fue en la casa de ésta que lo vio por última vez; se los encontraba en la calle pero no los visitaba; la pareja casi no convivió junta; y **Cenelina Mejía Castañeda**, desconoce cuándo se casó la pareja, pero sabe que vivieron durante 20 años, los cónyuges tuvieron dos hijos y Jesús Antonio iba a Manizales cada 8 días a visitarlos y a llevarles dinero, ya que trabajaba en Bogotá, lugar en el que estuvo por 20 años, lo sabe debido a que Gloria Inés le contaba; algunas veces lo vio en la casa; nunca lo vio con otra persona; se los encontraba en navidad, nunca acompañó a la pareja en celebraciones familiares.*

*De las anteriores pruebas se evidencian recias contradicciones entre lo expuesto por la testigo Cenelina Mejía Castañeda y la señora Gloria Inés González González, toda vez que, mientras la primera señaló que el causante iba cada 8 días Manizales, la segundo expresó con claridad que el cónyuge sólo iba cada seis meses o un año, suma a esta situación, que la referida testigo, dijo tener conocimiento de la vida en pareja por lo que le contaba Gloria Inés. Así mismo, la testigo Orfilia Mejía Castañeda, indicó que los cónyuges vivieron apenas por el lapso de 10 años, mientras interviniente ad excludendum dijo que lo fue*

*durante 20 años. Adicionalmente, ambas testigos refirieron no ser cercanas a la familia conformada por González González, pues mientras una dijo que los veía en “la calle” y que jamás los visitó, la otra expresó que jamás acompañó a celebraciones familiares a la pareja.*

*En cuanto a la señora, **Ana del Carmen Sarmiento Triana**, militan en el plenario los registros civiles de nacimiento de los hijos concebidos con Cuartas Rodríguez, de nombres Antony Alexander y Anny Julieth, nacidos el 19 de octubre de 1983 y el 18 de junio de 1996, respectivamente, (fls. 40 y 41).*

*Le asiste la razón al recurrente cuando afirma que la Juez de primer grado no valoró en su totalidad el acervo probatorio, ya que, dentro de la sentencia no se hizo mención a ninguna de las documentales incorporadas a través del expediente administrativo, disco compacto fl. 131, que en su interior obran: informe único de investigación<sup>2</sup>, elaborado por Colpensiones en el año 2018 y el que se entrevistó a Lucila Cuartas Rodríguez Hermana del difunto, quien dijo que Gloria Inés convivió por espacio de 10 años con el hoy occiso, quien luego de esa unión se radicó en la ciudad de Bogotá y convivió durante 10 años con Ana del Carmen Sarmiento Triana con quien tuvo dos hijos, misma declaración realizó la señora Claudia Mercedes Ortega Cuartas, sobrina del interfecto; en el citado documento, también obran las entrevistas a los señores Manuel Teneroza, Claudia Patricia Mican Sarmiento y Jorge Eliecer Cuartas Rodríguez - hermano del extinto -, quienes expresaron que en vida el causante convivió por espacio de 20 años y hasta su deceso con la demandante Ana del Carmen Sarmiento Triana y que dicha unión, la pareja tuvo dos hijos. Informe en el que además se concluyó que “no se acreditó el contenido de la veracidad de la solicitud presentada por Gloria Inés González González (...) se corroboró que el señor Jesús Antonio Cuartas Rodríguez y la señora Ana del Carmen Sarmiento Triana convivieron unidos por más de 18 años desde el año 1982 hasta el 16 de septiembre de 2000”.*

*De igual manera, obra en disco compacto de folio 131<sup>3</sup>, declaración extrajuicio de Jorge Eliecer Cuartas Rodríguez, del 18 de septiembre del 2000, en la que esgrimió que “es cierto que conocí de toda la vida y hasta la fecha de su fallecimiento hecho ocurrido el 16 de septiembre de 2000 al señor Jesús Antonio Cuartas Rodríguez (...) por cuanto*

---

<sup>2</sup> GEN-COM-CO-2018\_1161688-20180201104754

<sup>3</sup> GRP-HPE-EV-CC-10229751\_1

*le conocí me consta que durante 19 años en unión libre bajo el mismo techo y hasta la fecha de su muerte con la señora Ana del Carmen Sarmiento Triana”; contrato de compraventa suscrito el 19 de mayo de 1998, en el que los compañeros permanentes, adquieren un inmueble, certificado de la EPS Compensar, en el que se registran como beneficiarios en salud a la señora Ana del Carmen Sarmiento Triana, en calidad de cónyuge y a los menores Antony Alexander y Anny Julieth, como hijos.*

*Suma a lo anterior que en la Resolución 23312 del 15 de julio de 2006, no se desconoció por Colpensiones la calidad de la demandante como compañera permanente del causante, al punto que la entidad, una vez realizó la respectiva investigación administrativa el 1º de diciembre de 2005, determinó el derecho en cabeza de Ana del Carmen Sarmiento Triana, procediendo a prescribir el pago de la indemnización sustitutiva a su favor<sup>4</sup> y por consiguiente realizó el pago total de dicho emolumento, en favor de la entonces menor Anny Julieth Cuartas Sarmiento (fls. 22 a 25).*

*Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se llega a las siguientes conclusiones: **i) Gloria Inés González González** convivió con el causante desde el 20 de diciembre de 1975 y por el lapso de 10 años, y pese a que el vínculo matrimonial no se disolvió, no se mantuvieron lazos afectivos o los deberes de ayuda o socorro mutuo entre los cónyuges; **ii) Ana del Carmen Sarmiento Triana** inició convivencia con Cuartas Rodríguez aproximadamente desde 1982 y hasta el 16 de septiembre del 2000. por lo que no cabe duda para la Sala que a las promotora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama por la muerte de su compañero permanente, al amparo de la condición más beneficiosa; **iii) Anny Julieth Cuartas Sarmiento**, dado que su nacimiento fue el 18 de junio de 1996, para la fecha del deceso causante era menor de edad, alcanzando la mayoría de edad el mismo día y mes del año 2014, por lo que en principio sería beneficiaria de la prestación, únicamente en lo que se refiere a las mesadas pensionales causadas con anterioridad a esa fecha, toda vez, que para acceder a las que*

---

<sup>4</sup> Artículo 50 Acuerdo 049 de 1990.

*hubiere lugar desde el 19 de junio de 2014, debió acreditar su calidad de estudiante, aspecto que no se corroboró dentro del presente trámite.*

#### **MONTO DE LA MESADA PENSIONAL**

*En cuanto al monto de la pensión, como se dijo el causante cotizó en total 925,57 semanas, por lo que la prestación corresponde al 69% del salario mensual base. De manera que al realizarse las operaciones de rigor con los salarios correspondientes a las últimas 100 semanas cotizadas y multiplicados por el factor 4.33 de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 (Sentencia 20 de junio de 2007, Rad. 25916), se obtiene un ingreso base de liquidación inferior al salario mínimo legal vigente, por lo que al aplicar la tasa de reemplazo, se obtiene una suma inferior al vigente para el año 2000, por lo que no hay lugar a modificar la cuantía*

*El pago de la prestación, será a partir del 16 de septiembre de 2000, día siguiente al fallecimiento del causante, la cual debe ser pagada en 14 mesadas pensionales al año; y frente al retroactivo causado se autoriza realizar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).*

#### **INDEXACIÓN E INTERESES MORATORIOS**

*Dado que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor. Aquí es oportuno recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991:*

*“Con apoyo en la perceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte,*

*desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”*

*Como en el caso estudiado la entidad demandada dejó de pagar la pensión de sobrevivientes a las beneficiarias, debe asumir la pérdida del poder adquisitivo de lo adeudado por mesadas pensionales hasta el día en que se realice el pago de las mismas.*

*Cabe advertir que no se accede a la condena de los intereses moratorios en razón a la controversia suscitada entre las señoras Ana del Carmen Sarmiento Triana y Gloria Inés González González, a más que dicha condena resulta excluyente con la indexación.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la*

*suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.*

*Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el sub examine el derecho pensional se causó el 16 de septiembre de 2000, la señora **Ana del Carmen Sarmiento Triana** reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 12 de marzo de 2004, obteniendo respuesta negativa por parte de la entidad de seguridad social accionada en Resolución No 023312 del 15 de junio de 2006 (fl. 21), y la demandada se radicó el 13 de abril de 2018 (acta de reparto, fl. 51); por lo que es claro que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 13 de abril de 2015.*

*Respecto de **Anny Julieth Cuartas Sarmiento**, es de advertir que es reiterada y pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al señalar que el término de prescripción se suspende para los menores de edad mientras estén en imposibilidad de actuar; y dicha suspensión “deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda” (sentencia con radicación N 11349 del 11 de diciembre de 1998, reiterada en la sentencia SL10641 del 12 de agosto de 2014 con radicado N 42602).*

*Al punto, el termino trienal, para reclamar las mesadas causadas entre la fecha de la muerte del causante y en la que Anny Julieth cumplió los 18 años de edad, empezó a correr a partir del 18 de junio de 2014, cuando alcanzó la mayoría de edad, por tanto, contó con la posibilidad de reclamar las mesadas pensionales causadas a su favor hasta 18 de junio de 2017, encontrándose prescritas.*

*Colorario de lo anterior se revocará parcialmente la sentencia apelada y consultada, reconociendo únicamente el derecho prestacional en favor de Ana del Carmen Sarmiento Triana.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

### RESUELVE

**Primero.**-Revocar parcialmente el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de indicar que la señora Ana del Carmen Sarmiento Triana es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Jesús Antonio Cuartas Rodríguez, a partir del 16 de septiembre de 2000, en cuantía de un smlmv, por 14 mensualidades. De conformidad con lo considerado en esta sentencia.

**Segundo.**-Adicionar el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas en favor de Ana del Carmen Sarmiento Triana, con anterioridad al 13 de abril de 2015, y totalmente probada, frente a las mesadas pensionales causadas en favor de Anny Julieth Cuartas Sarmiento, conforme las motivaciones de esta providencia.

**Tercero.**- Condenar al pago indexado del retroactivo pensional al momento de su pago, que a 30 de noviembre de 2021 asciende a \$72.062.708<sup>5</sup>, del cual se autoriza a Colpensiones a realizar los descuentos en salud, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

---

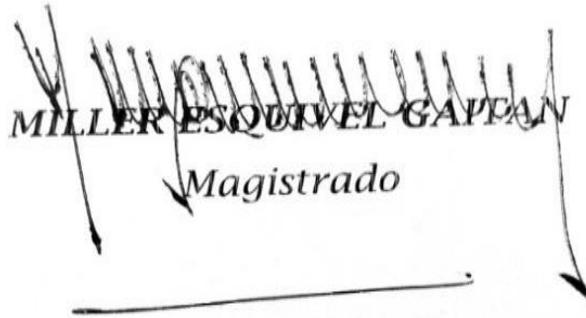
5

Fecha inicial	Fecha final	Mesada	Cantidad	Total
13-abr-15	31-dic-15	\$644.350	9,87	\$6.359.734
1-ene-16	31-dic-16	\$689.455	14	\$9.652.370
1-ene-17	31-dic-17	\$737.717	14	\$10.328.038
1-ene-18	31-dic-18	\$781.242	14	\$10.937.388
1-ene-19	31-dic-19	\$828.116	14	\$11.593.624
1-ene-20	31-dic-20	\$877.803	14	\$12.289.242
1-ene-21	30-nov-21	\$908.526	12	\$10.902.312
<b>Total</b>				<b>\$72.062.708</b>

**Cuarto.-** Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**Quinto.-** Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN LUZ TORRES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*A U T O*

*Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de Porvenir S.A.*

*Notifíquese*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Carmen Luz Torres, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que se declaré la ineficacia del traslado de régimen pensional por medio de Porvenir S.A.; en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en la CAI, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y a ésta última a recibir sin solución de continuidad a la demandante; finalmente solicita se condene lo que resulte probado ultra y extra petita así como las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folio 3 (C.D. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis se indica que: nació el 29 de enero de 1973, por lo tanto, a la presentación de la demanda tenía 47 años de edad; cotizó en el ISS un total de 439 semanas, previo al cambio de régimen pensional el 1º de octubre de 2002, cuando por medio de Porvenir S.A. se trasladó al RAIS, sin que la aparente decisión libre y voluntaria contara con información suficiente por parte de la AFP, puesto que no fueron expuestas las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado del régimen pensional; al 8 de junio de 2020, acumulaba un total de 1.203 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; de igual manera, el fondo de pensiones no comunicó la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional; solicitó en 2020 a las demandadas el traslado al régimen público.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada en debida forma y dentro del término legal por Colpensiones (archivo 07. C.D. fl. 2) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda; frente a los hechos aceptó el natalicio de la actora, las semanas cotizadas al ISS, al RAIS y la reclamación administrativa, sobre los demás dijo no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 en el código civil, descapitalización del sistema*

*pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir S.A. dio contestación a la demanda oponiendo a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra (archivo 18 C.D. fl. 2), frente a los hechos aceptó la afiliación y la solicitud elevada por la activa, en cuanto a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan; incoó como excepciones de mérito las que enlistó así: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 39 C.D. fl. 2) en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS, consecuencia ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con sus rendimientos; condenó al fondo de pensiones a pagar con su propio patrimonio los gastos de administración; condenó a Colpensiones a afiliarse a la actora y recibir los aportes que aquella hubiere realizado a Porvenir S.A.; condenó en costas a la AFP en suma de \$2.000.000.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión de a quo, Colpensiones, la recurre, toda vez que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2º de la ley 797 de 2003; no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del código civil, ahora bien, no se encuentra un error sobre un punto de derecho que no tenga fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., y en todo caso la demandante saneó la nulidad por ratificación tácita; respecto al deber de información, si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora esto no la exoneraba del deber de aducir diligentemente ilustrada sobre las condiciones del régimen pensional*

*de la cual dependería sus expectativa de acceder a la pensión de vejez; los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones para efectuar el traslado sin que la ley exigiera documento diferente al mencionado formato.*

*A su turno el apoderado de la AFP Porvenir S.A., adujo que no era obligación de Porvenir S.A. soportar la información en documentos, pues para el año 2002 estaba en vigencia el artículo 97 del decreto 663 de 1993 que le exigía a todas las AFP brindar una información completa, realizando un paralelo entre los dos regímenes pensionales como en efecto lo hizo Porvenir S.A., con una asesoría de manera verbal y prueba de ello es el formulario de afiliación, además la única exigencia establecida a efectos de materializar el traslado era que el afiliado expresara su voluntad por medio de la firma del formulario, por lo que debe tener como prueba de la ilustración brindada, a más, teniendo en cuenta la permanencia de la actora en el RAIS ratificó su voluntad de permanecer en éste régimen; la señora Carmen Luz tuvo la oportunidad de acceder a los distintos canales de comunicación, incluso se le brindó toda la información concerniente al RPMPD; debido a que la demandante cuenta con 48 años de edad no tiene ni siquiera consolidado el derecho pensional, ni siquiera cuenta con una expectativa dado que le faltan 9 años para lograr la pensión de vejez; en cuanto a los gastos de administración no es factible ordenar la devolución de los mismos teniendo en cuenta que lo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993 también en el RPMPD se destinó el 3% de los gastos de administración a la pensión de invalidez y la de sobrevivientes, sin que dichos costos formen parte de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción, máxime cuando los únicos dineros a trasladar con destino a Colpensiones son la cotización y los rendimientos, por lo que el traslado de los gastos de administración y pólizas de seguro provisional generarían un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, teniendo en cuenta, que no hay una norma legal o constitucional que exponga tal devolución.*

**ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que reiteró los motivos por los cuales recurre la decisión.*

### C O N S I D E R A C I O N E S

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones y Porvenir S.A y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.*

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones S.A. hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 48 años de edad, en tanto nació 29 de enero de 1973 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 12 C.D. fl. 2 archivo 01); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 8 de agosto de 2002 efectivo el 1° de octubre del mismo año a la Porvenir S.A. fl. 73 (C.D. fl. 2 archivo 18) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES.

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone*

*una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "La aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional (...), no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”*

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 8 de agosto de 2002, efectivo a partir del 1º de octubre de la misma anualidad fl. 73 (C.D. fl. 2 archivo 18). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio aseguró que labora en la actualidad en una oficina de abogados; inicialmente cotizó por medio del otrora ISS, y que luego de permanecer durante 9 años desempleada, cuando volvió a laborar llegó un asesor de Porvenir S.A. y les hizo la respectiva afiliación, en esa época trabaja*

*para una jurista; durante la asesoría no recibió información completa, solo se cumplió con la suscripción del formulario, pero no le comentaron las ventajas y/o desventajas de su decisión, tampoco se elaboró una proyección o un cálculo; no intentó retornar antes los 47 años de edad, en razón a que creía que estaba bien, estar en Porvenir S.A., hasta el año pasado que se presentó el auge de los traslados con motivo de la pandemia, entonces llamó y le dijeron que ya había pasado el tiempo para retornar, en la actualidad tiene 48 años; se desempeña como dependiente judicial en una firma en la que se dedican a procesos ejecutivos, reivindicatorios y laborales, cumpliendo la simple vigilancia judicial, esto es, informar en la oficina las actuaciones que se presentan en cada proceso; no se le explicó el derecho de retracto, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, ni los requisitos para pensionarse; desde que se cambió de régimen no solicitó información a Colpensiones; afirmó que “me siento engañada y abandonada en el sentido en que en el transcurso de todos estos años nunca recibí una comunicación, un llamado, una actualización, una asesoría, una doble asesoría, considerando el tiempo que llevó de afiliación nunca me requirieron, nunca me informaron nada respecto de las ventajas y las desventajas, entonces realmente, en eso me siento engañada porque uno como afiliado espera un poco más”.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP **Porvenir S.A.**, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho*

*traslado, obligación que se debió efectuar en agosto de 2002. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 75 (C.D. fl. 2 carpeta 18) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre y espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual ” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 75 (C.D. fl. 2 carpeta 18) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que*

*otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.*

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora no cumplió su deber como consumidor financiero, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

*Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así*

*como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia extunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

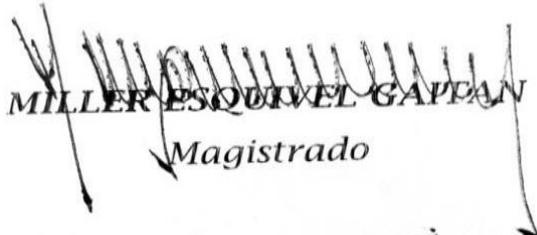
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

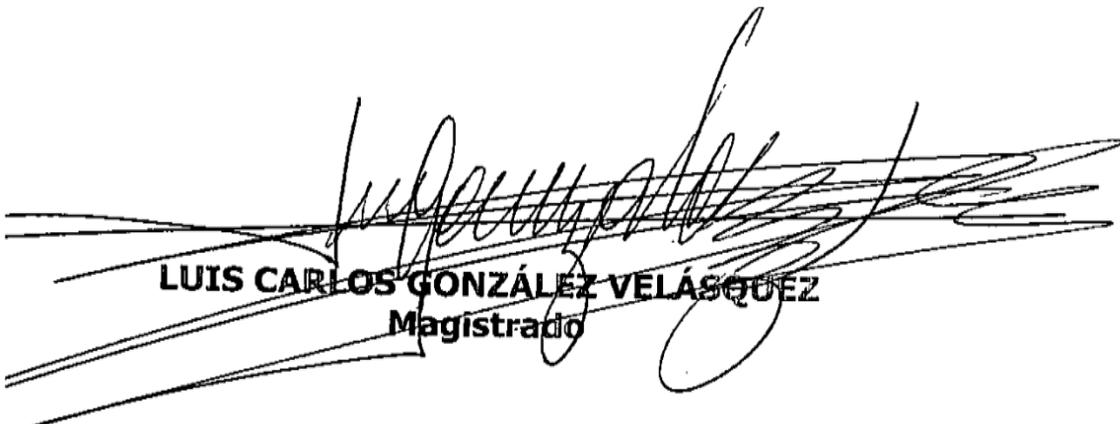
#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.**-Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA RESTREPO QUINTERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*A U T O*

*Se reconoce personería a la abogada Belcy Bautista Fonseca, identificada con la C.C. No. 1.020.748.898 y T. P. No. 205.907 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.*

*Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de Porvenir S.A.*

*Notifíquese*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 1º de febrero de 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso*

*de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Olga Restrepo Quintero, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS por medio de Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros, y a ésta última a aceptar la afiliación y al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el retroactivo pensional y la indexación de aquel, así como los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 y 6 (C.D. fl. 2), en los que en síntesis se indica que: nació el 15 de septiembre de 1955 por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años; cotizó 610 semanas al otrora ISS del 15 de junio de 1978 a noviembre de 1998, data en la que se afilió a Porvenir SA; al momento del traslado se le indicó que podría pensionarse de manera anticipada, sin embargo, no se le ilustró acerca del capital adicional necesario para acceder al derecho pensional, ni se realizó una liquidación comparativa de la prestación en ambos regímenes pensionales, por lo que se le hizo incurrir en error con el traslado; el 4 de noviembre de 2010 solicitó al Instituto de Seguros Sociales la afiliación y con ello agotó la vía gubernativa; en la actualidad cuenta con más de 1500 semanas cotizadas.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 58 a 87 (C.D. fl. 2); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, la edad a 1º de abril de 1994 y la reclamación administrativa al ISS; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción,*

*caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.*

*Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 133 a 150 (C.D. fl. 2); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a Porvenir S.A. Como excepciones de fondo incoó las enlistadas así: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.*

*En audiencia de 1º de febrero de 2021 en la que se adelantó la diligencia de que trata el artículo 77 del CPT y SS, se estableció en la etapa de fijación del litigio que el traslado de régimen lo fue el 6 de septiembre de 2000 (C.D. fl 2), sin que ninguna de las partes presentara oposición (minuto 13:00).*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2) declaró la ineficacia del traslado de RPMPD al de RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., por tanto, declaró a Colpensiones la aseguradora para los riesgos de I.V.M.; ordenó al fondo de pensiones a devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en los Art. 9 y 10 de la Ley 797 de que modificó los Arts. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de junio del año 2018, junto con los reajustes año por año, y la mesada adicional, debidamente indexado mes por mes hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE, con el fin de compensar los daños por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Ello se efectuará, una vez se trasladen los aportes pensionales de la demandante con sus rendimientos financieros, por parte de Porvenir S.A.; impuso costas a las demandadas en suma de 3 smlmv, pagaderos a cuota parte.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre por considerar que en este caso no procede la declaratoria de la ineficacia del traslado cuando de manera expresa la norma prevé que para su declaración deben existir actos que atentan contra la libertad de afiliación, lo que supone claramente la intención de causar daño y en este caso pues no se acreditó ni se alegó el dolo, por el contrario, lo que se exhibió con claridad es que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, puesto que, se trasladó de régimen luego de una asesoría grupal, que tuvo una duración de una a media hora, en donde se explicó una de las características del RAIS, esto es, que podía presionarse dependiendo del capital que ahorrara, de manera que causaría una mejor pensión; la demandante pues nunca se acercó a las instalaciones del fondo de pensiones para ahondar en la información suministrada al momento del cambio de régimen pensional; al momento de suscripción del formulario de afiliación contaba con semanas cotizadas a Cajanal situación que no hacía improcedente o inconveniente del traslado; para la época del traslado no era requisito realizar proyecciones; durante más de 20 años permaneció, develando la intención de la demandante de permanecer en el régimen privado.*

*Colpensiones considera que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de ley 797 de 2003; no se acreditaron vicios del consentimiento; en cuanto a la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 167 del CGP no se acreditó el incumplimiento del deber información por parte de la AFP, a más que la activa no se exonera del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional del cual dependerían sus expectativas económicas; también debe tenerse en cuenta la descapitalización del sistema en caso de que se realice el traslado; en caso de confirmar la providencia objeto alzada, para el cumplimiento de las obligaciones de Colpensiones es necesaria la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI como son las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y los demás de que hubiera lugar por el período de tiempo que permaneció afiliada al fondo privado.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia, en los reiteraron los motivos por los cuales recurren la decisión*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones y Porvenir S.A., y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.*

### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones S.A. hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 66 años de edad, en tanto nació el 19 de septiembre de 1955 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 17 C.D. fl. 2); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 6 de septiembre del 2000 a la AFP Porvenir S.A. fl. 151 (C.D. fl. 2) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES.

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que*

*efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "la demandada hizo incurrir en error a la demandante, ya que al momento de realizar el traslado pensional, no le presentó una liquidación comparativa de su derecho pensional en el régimen de prima media y régimen de ahorro individual con solidaridad", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos*

*14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”*

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 6 de septiembre del 2000 fl. 151 (C.D. fl. 2). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio aseguró que en el año 1998 retiró unos dineros de Porvenir S.A. debido a que quedó desempleada, por lo que no recuerda que la afiliación en pensiones fuera en el año 2000; adujo que en el momento del traslado se le dijo que en el fondo privado podía retirar el dinero cuando quisiera, dado que era un ahorro personal; el asesor de la AFP hizo una reunión grupal que duró entre 30 y 60 minutos; no se le dijo en qué consistían los aportes voluntarios, no pidió aclaración alguna de la información suministrada, ni realizó preguntas, ya que creía en que era válida la información que se le estaba brindando; para la época del cambio de régimen prestaba servicios a la FEDS; de unos años para acá recibe extractos; solicitó el traslado por medio de la oficina de*

*personal del empleador, pero no se le dio respuesta; decidió retornar al RPMPD a causa de que los compañeros de trabajo al pensionarse manifestaban lo desfavorable del RAIS; dos años atrás acudió a Porvenir S.A. para recibir información sobre el derecho pensional, pero aún, sigue esperando la proyección pensional.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la **AFP Porvenir S.A.**, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Así que, el que se le hubiere indicado una característica a la afiliada como lo infiere la apoderada de Porvenir S.A. no implica que se diera a la demandante una ilustración completa de los regímenes pensionales.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 151 (C.D. fl. 2) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “declaro que obrando en nombre propio, de manera voluntaria y dando certeza de que todo lo aquí consignado es cierto, realizó la anterior declaración de origen de fondos al fondo voluntario de pensiones Porvenir” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP, incluso la desidia del fondo de pensiones es tal, que ni siquiera aportó el formulario de afiliación a pensiones obligatorias, sino a pensiones voluntarias.*

*De manera que, no es posible siquiera establecer que informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.*

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar de que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora no cumplió su deber como consumidor financiero, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su*

*derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

*Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia extunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.*

*En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, empero, como la sentencia apelada no ordenó la devolución de los gastos de administración, motivo por el que procederá la Sala a fulminar condena en este sentido, en atención a la solicitud de Colpensiones.*

*De manera que, se ordenará a las AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Es de advertir que, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez, que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte la carga prestacional a cargo*

*de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, lo cual no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.*

#### *PENSIÓN DE VEJEZ*

*En lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 57 años de edad, y 1300 semanas de cotización. Advierte la Sala que, si bien la actora cumplió los 57 años de edad el 19 de septiembre de 2012, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl.17); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas exigidas por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Porvenir S.A. En tal sentido, una vez se realice el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional, debiendo indexar el retroactivo pensional si hay lugar a éste, por lo que se confirmará la decisión de a quo en este aspecto.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de*

*adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

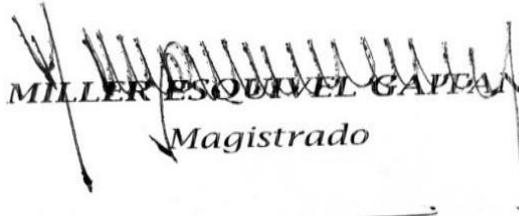
**RESUELVE**

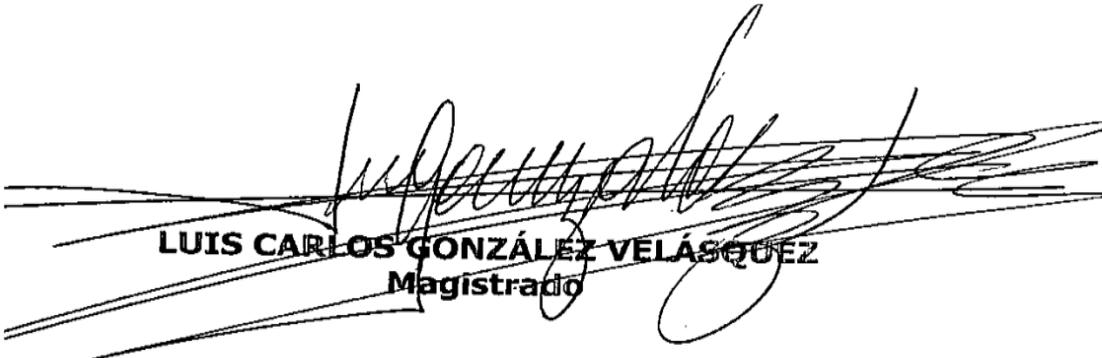
**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada en el RAIS. Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

**Segundo.-** *Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.*

**Tercero.-** *Costas de la instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ESMERALDA MARTÍNEZ CASTILLO CONTRA ANILLO DOBLE O S.A.S.*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 24 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Esmeralda Martínez Castillo, por medio de apoderado judicial, demandó a Anillo Doble O S.A.S., para que se declare, que tiene la calidad de prepensionada, en consecuencia, se estime ineficaz el despido y, por tanto, sea*

*reintegrada. De manera que, se condene a la sociedad al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, lo extra y ultra petita y las cosas y agencias en derecho.*

*Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis indicó que: suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 5 de abril de 2018, el cual finalizó sin justa causa el 14 de noviembre de 2015, en desarrollo de la relación laboral desempeñó el cargo de oficios varios y mensajería, percibiendo el SMLMV como remuneración, sin que se presentaran llamados de atención; cuando fue despedida le expresó al empleador que estaba próxima a pensionarse a lo que se le manifestó que con posterioridad “la llamaban para volver a trabajar”; para la época del despido contaba con 54 años de edad y 1073 semanas, esto es le faltaban 77 semanas para acceder al derecho pensional; se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A.; el reporte de semanas evidencia que con ocasión al subsidio de desempleo CAFAM realizó la última cotización previo luego del despido, reportándose igualmente como empleador a la sociedad demandada; la enjuiciada desconoció la protección constitucional de prepensionada, ya que, en caso de haber mantenido el vínculo, la actora estaría disfrutando de la pensión; debido a la manifestación de que iba a ser contratada nuevamente, no acudió a los medios legales con prontitud; en la actualidad no cuenta con trabajo ni los medios para cotizar a pensión, aunado a que es mujer cabeza de familia, en razón a que además de tener a cargo a su hija de 12 años, también dependen económicamente el nacimiento sus dos nietos de 10 y 8 años, afectándose el mínimo vital propio y de los menores.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada en forma legal y oportuna (fls. 51 a 59), se opuso a las pretensiones formuladas. Frente a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, su modalidad y extremos temporales, el cargo desempeñado por la actora, el salario pactado y la edad para la demandante para la fecha del despido. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo de cobro*

*de lo no debido, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del reintegro y terminación del vínculo laboral sin justa causa.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 73), en la que declaró que la demandante estaba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada en condición de prepensionada para la época del despido, por tanto, condenó a la empresa demandada a reintegrar a la activa a un cargo igual o superior jerarquía, pagar salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás rubros por mandato legal causados desde el 14 de noviembre de 2015 y hasta cuando sea efectiva la reinstalación; ordenó a la demandada mantener en el cargo a Martínez Castillo hasta que la AFP Porvenir S.A. la incluya en nómina de pensionados; declaró no probadas las excepciones e impuso costas en cuantía de \$1.500.000 a cargo de la vencida en juicio.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada la recurre en atención a que la demandante no cumple con los presupuestos esbozados en la sentencia SU 03 de 2018, en razón a que la demandante en el momento del despido sin justa causa requería más de 203 semanas para acceder al derecho pensional, es decir, poco más de 4 años para cumplir con la densidad de cotizaciones, ni la edad exigida por la jurisprudencia; a la extrabajadora se le canceló la indemnización por despido sin justa causa, dineros que recibió sin problema alguno, pero en la sentencia no se tuvo en cuenta esa suma, con lo que se está causando un enriquecimiento sin justa causa, lo cual, no puede ser permitido, máxime cuando la justicia laboral tiene facultades ultra y extra petita, por lo que resulta desproporcionado se obligue al empleador que indemnizó a la trabajadora por el despido, que además deba realizar el pago de aportes de seguridad social y reintegrarla, haciendo de este modo más gravosa la situación de la empresa que se ha mantenido a flote pese a la*

*pandemia cumpliendo con los demás trabajadores, incluso el superior puede determinar una indemnización mayor.*

### C O N S I D E R A C I O N E S

*Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.*

#### NEXO LABORAL

*No fue objeto de controversia que entre la demandante y Anillo Doble O S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de abril de 2008 y el 14 de noviembre de 2015 el cual finalizó sin justa causa. Desempeñó como último cargo el de oficios varios, percibiendo el SMLMV, hechos que se aceptaron desde la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo a término indefinido (fls. 17 a 19), carta de terminación unilateral del contrato sin justa causa (fl. 21) y la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 23).*

#### CALIDAD DE PREPENSIONADA - REINTEGRO

*Solicita el extremo demandado se revoque la sentencia en atención a que, para el 14 de noviembre de 2015, la demandante no reunía los requisitos para considerarse prepensionada en los términos de la sentencia SU -003 de 2018.*

*La Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha establecido la estabilidad laboral reforzada para quienes se encuentran a portas de adquirir el status de pensionado indicando que es la garantía que tiene todo trabajador de permanecer en el empleo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del empleador, si no existe una causa relevante que justifique el despido, por lo que el derecho a la estabilidad de los prepensionados no es de orden legal si no de contenido constitucional, tal y como quedó expuesto en la sentencia T - 638 de 2016.*

*De la misma manera la alta corporación ha sostenido que no basta la mera calidad de prepensionados, para proteger a las personas que se encuentran en esa situación, ya que se requiere que además se ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el mínimo vital dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia, es decir, en los eventos en los de retiro de personas a quienes les faltare 3 años o menos para adquirir el status de pensionados, indistintamente del régimen pensional al que se encuentren afiliados, tal y como quedó establecido en las sentencias T - 537 de 2016 y SU - 003 de 2018.*

*En este orden, las personas próximas a pensionarse fueron concebidas como un grupo poblacional puesto en estado de debilidad o sujeto a vulneración que debía ser protegido especialmente, equiparándolo en tal sentido con las madres y padres cabeza de familia y los discapacitados. Los tres conjuntos de personas protegidas fueron identificados por el legislador como las personas más afectadas con decisiones de terminación de las relaciones laborales y en tal sentido se les uniformó como personas sujetas a protección a través de acciones afirmativas cuyo sustento emana del artículo 13 de la Constitución.*

*Así lo ha sostenido la H. Corte Constitucional, en tanto los tres grupos de población revisten condiciones uniformes, como quiera que son los sujetos considerados por el legislador como merecedores de una especial protección.*

*“Para analizar si tal trato diferencial constituye una vulneración se debe establecer, primero, si los sujetos entre los cuales se presenta el trato diferencial están bajo iguales supuestos que impliquen un trato igual. La Sala observa que si bien materialmente se trata de sujetos con características diversas -en virtud de que una madre cabeza de familia no tiene las mismas calidades que un discapacitado o un sujeto próximo a pensionarse- jurídico-constitucionalmente están en igual posición, a saber, son **sujetos con especial protección constitucional** en virtud de su estado de debilidad manifiesta (art. 13 constitucional).*

*En efecto, según el artículo 43 constitucional, “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”; el artículo 47 de la Constitución señala que “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”; esta disposición se ve complementada con el artículo 68 constitucional que fija que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, (...) son obligaciones especiales del Estado”; por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que el legislador, en caso de tránsito legislativo, debe velar por la protección de los sujetos próximos a pensionarse. En efecto, esta Corporación, mediante Sentencia C-789/02, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, precisó que aunque la protección a los derechos adquiridos tiene rango constitucional, y no así la de las meras expectativas, el legislador no puede ser ajeno a las*

*esperanzas de quienes están próximos a adquirir una pensión, razón por la cual los cambios que se presenten deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que se trata de expectativas legítimas. En fallo reciente, Sentencia C-754/04, Magistrado Ponente Álvaro*

*Tafur Galvis, se reiteró el criterio de necesidad de cambios razonables y proporcionales en los regímenes de pensiones, establecido en la Sentencia C-789/02, con lo cual se protegió de manera especial a los sujetos próximos a pensionarse.” Corte Constitucional, sentencia C 991 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

*Ahora, no discute en esta instancia la sociedad apelante que la actora y su núcleo familiar se afectaran en su mínimo vital con la terminación de la relación laboral, centrando únicamente su inconformidad en los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, puntos en los que centrará el presente asunto.*

*Sobre el particular, se equivoca el recurrente al estimar que la demandante requería más de 203 semanas para acceder a la pensión, debido a que olvidó que la señora Martínez Castillo está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, y no al régimen de prima media con prestación definida, los cuales tienen diferencias marcadas, especialmente en los requisitos para acceder a las prestaciones que cada uno ofrece.*

*Basta con ilustrar, que Colpensiones es la administradora del RPMPD, en el cual sus afiliados deben acumular 1300 semanas y cumplir, en el caso de las mujeres 57 años o 62 años si se es hombre, condiciones diferentes a las requeridas en el RAIS, régimen en el que milita la accionante.*

*Así se tiene, que tal y como lo acepta la encartada, la accionante fue desvinculada el 14 de noviembre de 2015, de la misma manera se tiene probado para esa fecha, tenía cumplida la edad de 54 años al haber nacido el 5 de julio de 1961 y tenía cotizado un total de 1055,84 semanas al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., mismas que se representan en un bono pensional por el tiempo cotizado al ISS (58) y la AFP de 997,54 semanas, para un total de capital acumulado de \$39.832.817.*

*Si bien es cierto, el capital no le alcanza para establecer que está próxima a pensionarse, pues conforme al artículo 64 de la ley 100 de 1993, se necesita un capital del 110%, esto es, una suma igual o superior de \$160.000.000, el artículo 65 ibídem establece la garantía de pensión mínima para a aquellos que lleguen*

*a la edad de 62 si son hombres y 57 si son mujeres y hayan alcanzado por lo menos 1.150 semanas, de modo que en el caso sub examine al contar la demandante con 1055,84 semanas al momento del despido, le hacían falta 94,16 semanas para alcanzar esas mínimas requeridas o lo que es lo mismo 1 año 9 meses y 26 días, por lo que es claro que era beneficiaria del status de prepensionada.*

*Colorario de lo anterior se confirmará la sentencia recurrida.*

#### **INDEMNIZACIÓN DESPIDO SIN JUSTA CAUSA - COMPENSACIÓN**

*La excepción de compensación tal como señala el artículo 282 del CGP debe ser propuesta expresamente en la contestación de la demanda para que pueda ser declarada probada, no obstante esté probado el hecho o hechos constitutivos de la misma. Así, el extremo demandado pide en el recurso se tengan en cuenta los dineros reconocidos por indemnización sin justa causa, lo que resulta nuevo dentro del proceso, debido a que no se propusieron las excepciones de pago y compensación, incluso de la escueta sustentación de las enervadas en la contestación de la demanda, no puede extraerse siquiera que se invocó alguna de éstas, nótese como en la de cobro de lo no debido se refirió al pago oportuno de salarios y prestaciones, en la inexistencia del derecho y la obligación hizo énfasis en que no adeudaba ninguna suma y en la de terminación del vinculo laboral sin justa casusa se expresó que se hizo el pago de la indemnización, pese a que existió justa causa para terminar el nexo laboral, sin que dicha falencia de la contestación sea suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (art. 50 del CPT y SS).*

*Por lo precedente, se desestiman los planteamientos del recurso frente a la compensación de la indemnización por despido sin justa causa.*

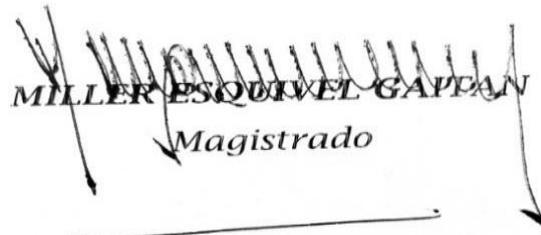
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.

**Segundo.-** Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ NIDIA NUÑEZ CARDOZO CONTRA MARYEP S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, los Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral la declaran abierta*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Luz Nidia Núñez Cardozo, por medio de apoderado judicial, demandó a Maryep S.A., se declare ineficaz la terminación del contrato de trabajo, en consecuencia, se condene al reintegro al cargo que ocupaba, o a uno de igual o mejor categoría, al pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde la fecha del despido, rubros que deberán ser indexados, los aportes al sistema de seguridad social integral, la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.*

*Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis indicó que: suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 18 de marzo de 2016, para desempeñarse como auxiliar de archivo, recepcionista y mensajera con un salario de \$750.000, el cual se dio por terminado el 1° de abril de 2017, decisión que le fue notificada el 15 de marzo del mismo año; desde octubre de 2016 empezó a tener una dolencia en el miembro inferior derecho, diagnosticándosele por la EPS Famisanar “radiculopatía POP y laminectomía” de origen común, por lo que se le prescribieron incapacidades médicas de 4, 7 y 30 días; el 11 de enero de 2017 la entonces directora de la encartada, comunicó el cambio de labores con ocasión a la afectación en salud. Luego el 25 de enero de 2017 se emitieron recomendaciones médicas y se dio orden de control por neurología; el 13 de marzo del mismo año, presentó al empleador propuestas de puestas de trabajo, empero, la directora administrativa de manera verbal, le manifestó públicamente la intención de terminar el contrato de trabajo; en el examen ocupacional de egreso anota que debe “TENER EN CUENTA ÑAS RECOMENDACIONES DADAS POR EL MÉDICO TRATANTE, CONTINUAR CON TRATAMIENTO Y CONTROL CON ESPECIALISTAS EN EPS.CONTINUAR CON TERAPIA FÍSICA”, pese a que se encontraba en tratamiento y era beneficiaria del fuero de salud, fue desvinculada sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Maryep S.A. en legal forma y dentro de término mediante escrito obrante a folios 62 a 71, en el que se opuso a todas las pretensiones, frente a los hechos aceptó los extremos del nexo laboral, su modalidad, el cargo desempeñado por la actora y el salario devengado por aquella. De igual manera aceptó que la extrabajadora presentó tres incapacidades que no superaron los 180 días y las cuales se prescribieron bajo enfermedad general, que para contribuir a la recuperación de la entonces trabajadora y sin que mediaran recomendaciones laborales el 11 de enero de 2017, se cambiaron las funciones por lo que las labores de mensajería pasaron a la señora Isabel Guerrero y se especificaron las gestiones de archivo, manteniendo la labor de recepcionista los sábados. Posterior a las medidas adoptadas un médico no adscrito a la EPS emitió recomendaciones laborales y orden de control, por las que la trabajadora pidió la creación de un*

*cargo, pero la sociedad no accedió, ya que el cambio de funciones que antecedió guardaba relación con las recomendaciones por el galeno externo a la EPS. A la fecha no hay dictamen de PCL, ni notificación de trámite alguno en ese sentido. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago y compensación.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia atrás referida (CD fl. 120 y acta fl. 121) en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la demandante en cuantía de un smlmv.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado del extremo actor la recurre, aduciendo que las pruebas documentales aportadas con la demanda, particularmente el examen médico de ingreso, en el que si bien se dejó nota de que la “trabajadora es apta con patología”, no contiene observación de que la señora Núñez Cardozo padeciera una afectación osteomuscular como la que se generó en octubre de 2016 en la columna vertebral, mientras estaba laborando, lo cual se acompasa con el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la encartada. Adicionalmente, en la historia clínica se mencionan otras patologías, pero en nada se relacionan con el aprisionamiento del nervio a la altura de la columna que le aquejaba; la higiene postural es una recomendación para el ejercicio del cargo; la historia clínica, en especial la impresa de 12 de noviembre de 2016, no hace mención a la dolencia surgida en vigencia del contrato de trabajo, pues allí solo se habla de un lumbago; no es necesario el dictamen de PCL, máxime cuando fue frustrado con el despido; se demostró el nexo causal en el despido, ya que, tanto la representante legal como el apoderado judicial confesaron en el interrogatorio y en la contestación de la demanda, que el contrato de trabajo terminó por la condición de salud; la testigo Faizuleny Moreno expresó que uno de los*

*directivos le dijo que debía terminarse el contrato de trabajo de la demandante con ocasión a la limitación física; no se desvirtúa el nexo de causalidad, pues sólo hasta el 25 de enero de 2017, retoma la labor luego de reincorporarse de la incapacidad, de manera que no hubo mucho contacto entre la nueva directora de la sociedad y la trabajadora, y aun así en marzo de 2017 se procede al despido, atendiendo a que ya existía una directriz en ese sentido.*

### CONSIDERACIONES

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.*

#### CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS - TERMINACIÓN

*No fue objeto de controversia en la alzada, la decisión del a quo de declarar que entre la demandante y Maryep S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido partir del 1º de mayo de 2016, hasta el 1º de abril de 2017, en el cargo de auxiliar de archivo, recepcionista y mensajería con una asignación mensual de \$750.000, lo que se corrobora con el contrato de trabajo visible a folios 14 a 19 y 77 a 82, comunicación de terminación del contrato de trabajo (fl. 41 y 91), certificación laboral (fl. 95). Tampoco se discute que el empleador dio por finalizado el contrato de trabajo sin justa causa (fls. 66 y 93).*

#### ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

*La parte demandante centra su inconformidad en que, al momento del despido acaecido el 1º de abril de 2017, la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada dada su condición de salud, circunstancia que era plenamente conocida por la sociedad empleadora y que se acreditó con las pruebas arrimadas al plenario.*

*Para resolver la Sala advierte que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:*

*“(...) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

*No obstante, **quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.**”*

*Dicho precepto fue declarado exequible en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.*

*Conforme recientemente lo ha puntualizado la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la disposición protege al trabajador con discapacidad en la extinción del vínculo laboral y tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad». “La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, preámbulo literal e).*

*El enfoque “biopsicosocial”, define la discapacidad, desde el punto de vista relacional, como el resultado de interacciones complejas entre las limitaciones funcionales (físicas, intelectuales o mentales) de la persona y del ambiente social y físico que representan las circunstancias en las que vive esa persona*

*incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, denotando los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y la de los factores contextuales individuales (factores ambientales y personales).” (CIF, Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, desarrollada por la Organización Mundial de la Salud OMS, Ginebra, Suiza 2001.)*

*Ahora, comparte la Sala el análisis del juzgado de conocimiento en la providencia objeto de recurso, en cuanto a que el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, ya que no existe norma que así lo disponga, de manera que hay libertad probatoria sobre el particular.*

*Al punto, es de resaltar que el juez de primer grado abordó el caso bajo estudio luego de hacer mención de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales desde el año 2009 y hasta el 2021, en donde además de exponer que si bien se ha sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que se considera sujeto de especial protección a aquellas personas con una CPL superior al 15%, no menos cierto es que, el operador judicial precisó que también le correspondía observar si existía una afectación grave de salud de la trabajadora, por lo que no es cierto que el fallador hubiere exigido alguna tarifa probatoria.*

*Bajo los anteriores derroteros, se procede al análisis de los medios de convicción obrantes en el plenario. Pues bien, fue aportado copias de: examen médico ocupacional de ingreso en el que se anotó “APTO CON PATOLOGÍA (Paciente que presenta por lo menos una patología pero puede laborar normalmente” recomendaciones “BUENOS HÁBITOS DE HIGIENE POSTURAL PAUSAS ACTIVAS USO PERMANENTE DE EPP CAPACITAR SOBRE RIESGOS EN EL CARGO, PAUTAS DE AUTOCAUIDADO, VALORACIÓN NUTRICIONAL (Dieta hipocalórica), OPTIMIZAR HÁBITO DE EJERCICIO, SEGUIMIENTO PERIÓDICO CON MEDICINA GENERAL, INCLUIR EN EL SVE NUTRICIONAL Y BIOMECÁNICA, CONTINUAR MEDICACIÓN PRESCRITA...)” (fl. 20); historia clínica de noviembre de 2016, con ingresos en los días 2 “paciente femenina de 40 años de edad quien consulta por cuadro clínico de 20 días de evolución consistente en dolor de miembro inferior derecho que inicia en el talón y se irradia a muslo,*

tipo punzada de intensidad 10/10" (fl. 21 y 22), 11 "paciente quien refiere cuadro clínico de un mes de evolución consistente en dolor progresivo en miembro inferior derecho que se agudiza hace dos semanas con presentación de edema y cambios de coloración" (fls. 23 a 25), 12 "PACIENTE CON LESIÓN COXAL DE LARGA DATA CON RADICULOPATIA DOLOR INTENSO EN MIEMBRO INFERIOR DERECHO" (fls. 28 y 29), "TRAUMA COXAL CON FRACTURA DE HUESOS COXALES HACE 15 AÑOS" (fl. 30 y 31).

También se allegó lectura de resonancia magnética de columna lumbosacra con "los hallazgos descritos son compatibles con discopatía y artropatía lumbar, hernia discal L4-L5" (fl. 32); comunicación del 11 de enero de 2017 de la demandada dirigida a la demandante con la referencia de "cambios en las labores a ejecutar en MARYEP S.A:" en la que consta que "con el ánimo de contribuir a la recuperación de su salud y minimizar cualquier riesgo que pueda presentarse durante la ejecución de sus labores, a partir de la fecha se darán los siguientes cambios en sus funciones: 1. No continuará haciendo la labor de mensajería interna y externa de la clínica. 2. Su labor de archivo será cambiar las carpetas de historias clínicas inactivas por sobres, marcarlas de acuerdo al protocolo institucional establecido, verificar que los nombres y apellidos concuerden con los documentos de identidad. Esto mismo deberá hacerlo con las AZ de consentimientos informados (...) 3. Continuará realizando la labor de recepción los días sábado y las funciones que de éste cargo se deriven (...) es importante recordarle que a más tardar el 31 de enero de 2017, debe hacerme entrega de la copia de las restricciones expedidas por su médico tratante de la EPS" (fl. 33); historia clínica del 25 de enero de 2017, en la que se ordena 10 sesiones de fisioterapia, bajar de peso y se dan restricciones laborales (fl. 34), estas últimas militan a folio 37 en la que se prescribe "disminuir desplazamiento por terrenos irregulares subir y bajar escaleras de manera continua, alternar postura bípeda a sedente mínimo cada 60 minutos, evitar la adopción de posturas fisiológicamente riesgosas como cuclillas y arrodillado, evitar manipulación de cargas (...) de más de 5 kg, realizar pausas activas cada hora por 5 minutos, levantar y transportar cargas con latencia adecuada".

Igualmente, se incorporaron 4 incapacidades prescritas: **i)** del 26 al 29 de octubre de 2016, 4 días; **ii)** 31 de octubre al 06 de noviembre de 2016, 7 días; **iii)** 12 de noviembre a 11 de diciembre de 2016, 30 días; y **iv)** del 12 de diciembre de 2016 al 10 de enero de 2017, 30 días (fls. 46 a 49); examen médico de egreso, en el que como concepto se dejó la nota de "satisfactorio" y en restricciones se informa "ninguna" (fl. 96).

*De los medios de convicción reseñados en precedencia, se colige que las patologías diagnosticadas a la accionante por las cuales reclama su condición de beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, contrario de constituir complicaciones considerables en su estado de salud, que haya conllevado a asistir constantemente a controles médicos o le hayan generado continuamente la expedición de incapacidades, que merezca especial protección, pues nótese que aquellas con una duración de 30 días lo fueron con ocasión a la cirugía de laminectomía lumbar el 18 de noviembre de 2016 (fl. 34), y que justamente el empleador en aras de ayudar a esa recuperación realizó un cambio de funciones el 11 de enero de 2017, cuando la trabajadora se reintegró a su cargo, aun sin que se expidieran recomendaciones médico laborales, y no el 25 de enero de 2017, como erradamente lo expone en el recurso el extremo apelante.*

*En cuanto a las aseveraciones que hace la parte actora del examen médico ocupacional y de la historia clínica de 12 de noviembre de 2016, y que in extenso la Sala reseñó previamente, cabe advertir, que si bien el examen de ingreso no hace alusión exacta a cuál era la patología que aquejaba a la demandante, si dejó constancia que aquella iniciaba a laborar en la empresa con una preexistencia, lo cual no fue óbice para la contratación de la activa. Respecto de la historia clínica, aquella fue allegada por la señora Núñez Cardozo, y es ese documento se señala expresamente "TRAUMA COXAL CON FRACTURA DE HUESOS COXALES HACE 15 AÑOS" (fls. 28 a 31), por lo que de las pruebas arrimadas la proceso, resulta claro que la demandante presentaba una sintomatología al ingresar a laborar, lo que contrasta con el dicho de la demandante, quien en su interrogatorio contó respecto a su estado de salud que "fue una enfermedad de momento".*

*Tampoco desconoce la Sala que eventualmente la afección de la actora pudo mostrar evolución dentro del desarrollo del nexo laboral, sin embargo, también se acredita que el empleador extinguió el vínculo laboral, con ocasión a la facultad legal que le asiste para ello, toda vez que la actora para el 31 de marzo de 2017 no contaba con recomendaciones laborales vigentes, pues a ella se le expidieron unas el 25 de enero de 2017, por el lapso de 2 meses, hasta la nueva valoración del médico tratante, sin que adosara unas nuevas, mucho menos se encontraba incapacitada.*

Ahora, del testimonio de la señora **Faizuleny Moreno Benítez**, se extrae, que aquella conoció a la demandante desde el año 2012, dado que laboraron juntas para otra sociedad y con motivo de ese vínculo, una vez Moreno Benítez ocupó el cargo de Directora de Maryep S.A. contrató a la activa, en atención a que era "alguien de confianza". De igual manera expuso, que previo a la remoción sin justa causa de su cargo como directora de la clínica, uno de los directivos había expresado la intención de despedir a Luz Nidia por considerar que era un "chicharrón", pero los demás se opusieron a ello, y que en todo caso, cuando entregó el cargo a Adriana Gómez Gélvez, le puso en conocimiento la situación médica de la entonces trabajadora. Por último, acotó que al ingreso a Maryep S.A. la señora Núñez Cardozo no tenía ningún problema de salud.

En este orden, si bien se tuvo la intención de despedir a la demandante por razón de su estado de salud, mientras la señora **Moreno Benítez** fungió como directora de la clínica, esa manifestación por sí sola, no corrobora que cuando acaeció el despido fue por ese motivo, toda vez que no se acredita con ningún medio probatorio que la señora Luz Nidia Núñez Cardozo, tuviera un detrimento en su salud en ese momento de tal envergadura que impedía el normal ejercicio de sus funciones, al punto que mediante misiva del 13 de marzo de 2017, le solicitó a su empleador que se le devolvieran las funciones de mensajería y se le asignaran a las que ya tenía, las de caja (fls. 38 y 39).

Incluso, dentro del interrogatorio, la activa confesó que en la actualidad se encuentra vinculada laboralmente como recepcionista y secretaria de un consultorio dental, por lo que es claro que su salud no ha sufrido una merma que le impida recibir una retribución a partir de su fuerza de trabajo.

De ahí, que no está acreditado que el contrato de trabajo de la demandante finalizó por razón de su discapacidad, o que la demandante se encontraba en incapacidad, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que lleva a la sala a confirmar la decisión de primera instancia.

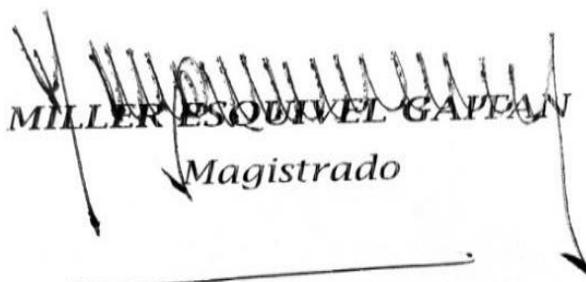
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada.*

**Segundo.-** *Sin costas en esta instancia.*

*Notifíquese y Cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL CLAUDIA PATRICIA PRIETO PULIDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

*A U T O*

*Reconócese personería a la Dra. María Juliana Mejía Giraldo identificada con C.C. No. 1.144.041.976 y la T.P. No. 258.258 del C. S. de la J. como apoderada principal y al Dr. Winderson José Moncada Ramírez quien se identifica con la C.C. No 1.232.398.851 y la T. P. No. 334.200 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*Notifíquese*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia del 5 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Treinta*

*Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.*

### ANTECEDENTES

*Claudia Patricia Prieto Pulido, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare: la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS en junio de 1999 a través de Porvenir S.A; en consecuencia, se ordene al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros, frutos e intereses; y a ésta última, a activar la afiliación de la demandante; de igual manera, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 32 a 35/pdf 60 a 64 (C.D. fl. 2), en los que en síntesis indicó que: nació el 11 de mayo de 1964 por lo que a la presentación de la demanda contaba con 55 años; estuvo afiliada al otrora ISS, al que cotizó 828 semanas entre septiembre de 1982 y mayo de 1999, cuando los asesores de la AFP Porvenir S.A. le aseguraron que obtendría mejores garantías pensionales, tales como acceder a una pensión de en fecha anterior a la que lo haría en la administradora del RPMPD, incluso, en cuantía superior, de manera que presentó como más benéfico el RAIS; el promotor de la AFP omitió elaborar una proyección pensional comparativa e informar de la posibilidad de realizar aportes voluntarios, la naturaleza del régimen privado, sus modalidades pensionales y el capital necesario para acceder a la pensión; solicitó a la AFP el cálculo de la mesada pensional, cuyo resultado determinó que la prestación sería más alta en el régimen público; acudió en 2019a las demandadas para que se procediera al traslado, pero la petición se despachó desfavorable a sus intereses por ambas administradoras de pensiones.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Porvenir S.A. dio contestación a la misma en legal forma y dentro de término, mediante escrito obrante a folios 64 a 103/pdf 122 a 200. del expediente digital, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la afiliación a ese fondo de pensiones, la solicitud presentada por la activa y la respuesta negativa, sobre los demás, señaló que no son ciertos o no le constan; propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica*

*Por su parte, Colpensiones dio contestación a la demanda, mediante escrito obrante en el archivo 03 (C.D. fl. 2), en el que se opuso a las pretensiones formuladas en su contra; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la demandante, la fecha de afiliación al ISS, las semanas cotizadas, el traslado al RAIS, la reclamación administrativa y la contestación a ésta. Como medios de defensa enlistó los de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.*

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 2). Declaró la nulidad del traslado de régimen pensional a Porvenir S.A., por lo que determinó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD; condenó al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la AFP debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a actualizar la historia laboral, una vez reciba los dineros; declaró no probadas las excepciones planteadas e impuso costas a la AFP Porvenir S.A. en suma de \$3.449.000.*

### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A., la recurre puesto que la única obligación en cabeza del fondo de pensiones para tener materializado el traslado del régimen pensional es la expresión de voluntad del afiliado por medio del diligenciamiento del formulario de afiliación de conformidad con las disposiciones vigentes para la época del cambio de régimen, de manera que cumplió con las obligaciones a su cargo, ya que, la AFP no estaba en la obligación de aportar simulaciones pensionales y demás documentos que prueben una asesoría, máxime cuando la permanencia en el RAIS ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado en el tiempo; la AFP brindó una asesoría oportuna sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales, tal y como se observa en el formulario de vinculación, encontrándose saneados los vicios del consentimiento; también deben tenerse en cuenta los actos de relacionamiento, como una expresión de la voluntad de permanecer en el RAIS de conformidad a la sentencia SL 3752 de 2020; no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a gastos de invalidez y sobrevivientes, los cuales no forman parte de la pensión de vejez, así que, cuando surge un cambio de régimen pensional los únicos dineros a trasladar son las cotizaciones junto con sus rendimientos, de lo contrario se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, a más que, no hay norma que establezca la devolución de estos gastos de administración; finalmente debe declararse la prescripción de los gastos de administración en atención a que no están llamados a financiar la prestación de vejez.*

*Colpensiones por su parte pide se revoque en su totalidad la sentencia, toda vez que la actora nunca realizó actos que sugieran su no intención o inconformidad de pertenecer al RAIS; no se evidenciaría un perjuicio económico a la parte actora al permanecer al RAIS, puesto que la sentencia SL 373 de 2021 autoriza el inicio de acciones de reparación integral buscando la indemnización total de los perjuicios a cargo de la AFP, sumado a la sentencia SC397 de 2021 en la que se determina que se configura una responsabilidad extracontractual ante el incumplimiento del deber de asesoría caso que encontró probado; bajo la facultad extra petita y teniendo en cuenta ese como segundo argumento le solicito al Tribunal que bajo el principio de favorabilidad con el grupo liquidador se revise si por las diferencias de*

*mesadas entre el RAIS y el RPMPD, es más favorable la prestación que reconocería Colpensiones..*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, en los que reiteró los motivos por los cuales recurre la decisión, agregando que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003.*

#### C O N S I D E R A C I O N E S

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones y Porvenir S.A., y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.*

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones S.A. hace referencia en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 57 años de edad, en tanto nació el 11 de mayo de 1964 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 5/ pdf 11 C.D. fl. 2 archivo 01); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 5 de mayo de 1999 efectivo el 1° de julio del mismo año a la AFP Porvenir S.A. fl. 104/ pdf 202 diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

**DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES.**

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor (...) omitió informarle y explicarle de manera clara y puntual la naturaleza del régimen privado de pensiones así como las implicaciones de su traslado de régimen", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio*

*que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”*

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran*

*únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 5 de mayo de 1999, efectivo a partir del 1° de julio de la misma anualidad fl. 104/ pdf 202 (C.D. fl. 2 archivo 01). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 105/ pdf 204 (C.D. fl. 2 archivo 01) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional.*

*Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio folio 105/pdf 204 (C.D. fl. 2 archivo 01) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.*

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y*

*a pesar de que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga procesal del artículo 167 del CGP.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de las AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración, y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

*Ante la estimación que hace Porvenir S.A. en cuanto a al precedente de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 3752 de 2020, basta con indicar que el reglamento del máximo órgano colegiado - Acuerdo 48 del 16 de noviembre de 2016 y adición aprobada- consagró en su artículo 26 la función, delimitación y competencia de las salas de descongestión.*

*Por último, en cuanto a las apreciaciones de Colpensiones, se le recuerda la jurista que la sentencia SL 373 de 2021, citada en la alzada es aplicable a aquellos asuntos en los que los demandantes son afiliados y no pensionados.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la*

*construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.-** *Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado