REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No. 015A

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL **14342-2021 radicación No. 64596 del 6 de octubre de 2021**, - la cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia dentro del proceso No. 11001310501320180075701 que **MAGDA PATRICIA JIMÉNEZ SALAMANCA** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y otros -** se reunieron los Magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA DE REEMPLAZO

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Colfondos S.A. el día 18 de junio de 1996.

Como consecuencia de ello, depreca se ordene a Porvenir S.A. (actual AFP a la que se encuentra afiliada la demandante) a trasladar a Colpensiones todos los valores obtenidos mientras la actora estuvo vinculada al RAIS.

De manera subsidiaria solicita se declare la ineficacia de dicho traslado.

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Estuvo afiliada y cotizando para pensión en el ISS desde el 23/02/1993; 2) Entre el 10/08/1993 y el 30/06/1996 laboró en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y realizó aportes a Cajanal; 3) El 18/06/1996 fue trasladada al RAIS por Colfondos S.A.; 4) Dicho traslado no se realizó de manera libre y voluntaria; 5) Al momento de dicho traslado no fue asesorada ni informada respecto de las implicaciones y riesgos del mismo, tampoco se le asesoró sobre las diferencias entre los regímenes pensionales, sus ventajas, desventajas o inconvenientes, no se le informó cuál era el régimen que más le convenía, las condiciones requeridas para pensionarse, entre otros aspectos; 6) Mediante solicitud con radicado No. 2018-15421511 solicitó a Colpensiones tener como ilegal, nulo o ineficaz el trasado al RAIS; 7) Colpensiones dio respuesta el 05/12/2018, negando lo solicitado; 8) En noviembre del 2001 se vinculó a Porvenir S.A. y actualmente se encuentra en este.

1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 131 a 142) se opuso a las pretensiones contra esta deprecadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Expuso, en síntesis, que Colpensiones no tuvo injerencia en la afiliación que la demandante realizara a la AFP; además, refirió que la actora no aportó prueba que permita inferir que el traslado efectuado estuvo afectado por algún vicio del consentimiento, con lo que se presume que la afiliación realizada a la AFP se encuentra revestida de plena validez y legalidad.

Concluyó indicando que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003, pues elevó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 5 de diciembre de 2018, cuando contaba con 56 años, lo que hace improcedente su traslado al RPM.

COLFONDOS S.A. (fls. 181 a 225), se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica o innominada.

Adujo, en síntesis que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cumple lo establecido en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, por lo que no pertenece al grupo de afiliados que puede trasladarse de régimen pensional en cualquier momento; adicionalmente, refiere que la demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez en el RPM, pues para la fecha cuenta con 57 años, con lo cual se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen; adicionalmente, aduce

que la afiliación de la actora fue plenamente eficaz y estuvo respaldada en la normatividad vigente, es determinable en el tiempo y ha cumplido con las condiciones y normas legales que deben atender las AFP.

Así mismo, indicó que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia citadas no pueden ser aplicadas al presente asunto como quiera que estas no tienen similitud fáctica con el presente caso, con lo que, de hacerlo, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso y el principio de legalidad y que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción, ya que la acción no fue interpuesta dentro del término de que trata el art. 1750 del Código Civil.

En cuanto a **PORVENIR S.A** (fls. 232 a 253) se tiene que mediante auto de fecha 22 de mayo de 2019 (fl. 228) se tuvo por no contestada la demanda por esta entidad, a través de memorial de fecha 23 de agosto de 2019 (fl. 232-233) se interpuso incidente de nulidad con fundamento en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, el cual, fue objeto de desistimiento por parte de la apoderada de la entidad en la audiencia de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS llevada a cabo el 02 de septiembre de 2019.

1.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia **CONDENATORIA,** en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Colfondos S.A. a partir del 1° de agosto de 1996 y como consecuencia de ello, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes realizados, junto con sus respectivos rendimientos a Colpensiones, entidad que deberá recibir los mismos y activar la afiliación de la actora.

Para arribar a tal decisión el *a quo* consideró, en síntesis, que conforme la línea jurisprudencial sentada por la Corte

Suprema de Justicia, son los fondos los que deben proporcionar al potencial afiliado una suficiente, compleja y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, además que el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a esos fondos surgen desde las etapas previas y preparatorias de la formalización de su afiliación a la administradora.

Adujo que, en el presente asunto, le correspondía a Colfondos la carga de la prueba, tendiente a demostrar que al momento de la afiliación le proporcionó a la actora una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, actuación que brilla por su ausencia, pues solo se aportó la afiliación efectuada a ese fondo el 18/06/1996 prueba que no da certeza o demostración alguna de que a la demandante le hubiesen, en ese momento preciso del traslado, suministrado una información clara y precisa respecto de las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional y que tomaba en ese momento tan trascendental, situación que tampoco fue probada por Porvenir, pues de las probanzas arrimadas no hay lugar a colegir que este fondo hubiese informado a la señora Jiménez Salamanca acerca de las ventajas y desventajas que implicaba la afiliación al RAIS. Además, que la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la actuación viciada del traslado inicial del RPM al RAIS no se convalida por los traslados de administradoras en este último régimen.

Sobre la ineficacia del traslado por falta de información de los afiliados al RAIS sostuvo que es procedente, se encuentre o no la persona en régimen de transición; así mismo, mencionó que la ineficacia de la afiliación no está relacionada de manera alguna con una expectativa de la pensión o con un derecho causado, pues ello no está consagrado ni en la legislación ni en la

jurisprudencia para que proceda la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información.

Concluyó indicando que, de las pruebas allegadas no se puede extraer que la demandada Colfondos o las subsiguientes AFP cumplieron con la obligación de entregar la información completa y veraz al momento del traslado de régimen y no se encuentra plenamente demostrado que a la demandante, para la fecha de su traslado, se le hubiere dado la información antes referida, por lo que en este caso no se probó vicio del consentimiento pero si se echa de menos la falta de información sobre las implicaciones del cambio de régimen.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A.

Indicó, respecto al consentimiento, que cualquier persona puede acceder a las fuentes de información donde están determinadas claramente cada una de las características de los regímenes pensionales que existen en Colombia y su respectiva normatividad, siendo una carga complementaria la posibilidad que tienen los afiliados de informarse al respecto; además, aduce, al momento del traslado de régimen de la demandante no existía la obligación de información en los términos que se encuentra establecida actualmente, ya es que es a partir del año 2015 que se exige que a través de herramientas financieras se establezca cual puede llegar a ser el posible monto de la pensión al momento de su reconocimiento.

Mencionó que en el año 1996, año en el que la demandante se traslada de régimen, no existía esta obligación legal, y establecerla de manera retroactiva vulneraría los principios fundamentales del derecho de defensa y debido proceso, lo cual ha sido establecido la Superintendencia Financiera en la

Resolución 2015-123910 de 2012; adicionalmente, al momento del traslado la demandante sólo tenía tres años de cotización, lo que no le daba al asesor comercial la posibilidad de establecer cuál sería el monto posible de su pensión, ya que no contaba con la suficiente información para establecerlo, además, para dicho momento la actora contaba con 32 años, lo que también se suma a la falta de información que tenía el asesor.

Refirió que no resulta válido que la demandante manifiesta que ha sido engañada y no conocer las condiciones del RAIS al haber realizado cotizaciones por aproximadamente 20 años, pudiendo solicitar en todo momento el traslado o información, máxime cuando existe un deber de diligencia por parte de los afiliados en conocer las condiciones de su afiliación, más, cuando se trata de un elemento esencial de su vida como lo es la pensión.

Adujo que, dadas las reglas de la experiencia y la sana crítica, cuando entre particulares se suscriben negocios jurídicos en virtud de la autonomía de la voluntad privada no es razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento, al suscribir el formulario, que le ocasione alguna clase de perjuicio, por lo que no es posible concluir que la demandante no hubiere recibido ningún tipo de información respecto al cambio de régimen pensional, ya que es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, así como las ventajas y desventajas que le traerá su determinación.

Finalizó indicando que el error en el que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento se relaciona con la naturaleza del RAIS, que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía de haber permanecido afiliada al RPM, por lo que, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta, máxime cuando las consecuencias del traslado de este régimen están claramente definidas en la Ley 100 de 1993, ley

expedida 3 años antes de que la demandante realizara el traslado de régimen.

1.5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El 06 de julio de 2020, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria decidió:

> "**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia apelada y consultada. En su lugar se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.
>
> **SEGUNDO.- COSTAS** en ambas instancias a cargo de la parte actora. (...)"

II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 64596 STL 14342-2021, dentro de la cual, se profirió fallo el 06 de octubre de 2021, en el que se dispuso:

> "**PRIMERO: Tutelar** los derechos fundamentales de la ciudadana accionante.
>
> **SEGUNDO: Dejar sin efecto jurídico** las actuaciones que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dictó en el proceso declarativo en controversia, a partir de la sentencia de 6 de julio de 2020, inclusive.
>
> **TERCERO: Ordenar** al Tribunal encausado que en el término de diez (10) días profiera una providencia de reemplazo, en la que tenga en cuenta los planteamientos de esta decisión.

> **CUARTO: Exhortar** al Colegiado de instancia encausado, para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente, en los términos de las sentencias C-261-2015 y SU-354-2017 de la Corte Constitucional. (...)"

Una vez notificada la anterior decisión, mediante auto del 08 de noviembre de 2021 se obedeció y cumplió lo resuelto por el Superior y, en aras de no incurrir en aquella causal de nulidad de que trata el numeral 7° del artículo 133 del Código General del Proceso[1] y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado a las partes por el término de 5 días para que expusieran sus alegaciones.

Dicho término fue utilizado por Colpensiones, quien ratificó sus argumentos.

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

De la ineficacia del traslado

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008,

[1] Lo anterior, por cuanto la magistrada ponente no fue quien escuchó los alegatos de segunda instancia dado que entró en posesión del cargo el pasado 19 de marzo de 2021.

33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que

garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

> "El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de Io que más le conviene y, por tanto, Io que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

> 2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado
> (...)
>
> Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:
>
> (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
>
> Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.
>
> Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

> "En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte

demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros."

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto

> de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.
>
> Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), e expuso:

> "(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

f) En cuanto al asunto de la descapitalización del fondo y afectación al principio de sostenibilidad financiera, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> "Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».
>
> "Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.
>
> "Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

IV. EL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 23/02/1993 (fl. 142); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 18/06/1996 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A. (fl. 208); **iii)** posteriormente se trasladó entre AFP del RAIS a Porvenir S.A. el 10/04/2001 (fl 209); y **iv)** solicitó a Colpensiones retornar nuevamente al RPM el día 04/12/2018 (fl. 49), no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

Pues bien. En el análisis del material probatorio arrimado al expediente, la Sala considera acertada la decisión del A Quo, y por ello la providencia venida en apelación será confirmada. Lo anterior por lo siguiente:

A folio 208 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de junio de 1996 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales "*la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*"[2]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Colfondos S.A. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 18 de junio de 1996, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Colfondos S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

[2] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Así las cosas, si bien la accionante realizó un traslado horizontal entre administradoras del RAIS, pues, se trasladó a Porvenir S.A. el 10/04/2001 (fl 209), ello en manera alguna sanea el traslado de régimen, en primer lugar porque la ineficacia se da respecto del traslado inicial del RPMPD al RAIS-, y una eventual "asesoría" dada a la demandante para trasladarse posterior a ese momento entre administradoras del RAIS, no sanea la falta de información inicial, y en segundo lugar, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, tal y como se dijo en la pluricitada sentencia SL 1688-2019.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019:

> "La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo

> ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.
>
> Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
>
> Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.
>
> La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.
>
> Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Es por ello que la Sala encuentra acertada la decisión del *A Quo*, al estudiar el presente asunto bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que la demandante prueba la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la actora pruebe el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado, deben devolverse todos los valores recibidos por la AFP PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y

estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

> "De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:
>
> Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Con base en las consideraciones que anteceden, no es mucho lo que hay que agregar a la sentencia de primera instancia por cuanto es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas, el deber de reintegrar no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, **debidamente indexados,** ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **en virtud a la consulta** que se surte a favor de Colpensiones se **ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a la cual se encuentra afiliada actualmente la demandante, además de lo ordenado en la sentencia, la devolución de los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho*

inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación presentado, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.,** la

devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LORENZO TORRES RUSSI

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de COLFONDOS S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) LAURA ROCIO MARTÍNEZ LIZARAZO, identificado (a) con C.C. No. 33.368.799 y T.P. No. 280.323 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ MARINA LÓPEZ MUÑOZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Colfondos S.A. el 31 de enero de 1995, así como la realizada posteriormente a Protección S.A. el 1° de febrero de 2007.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A., devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y a esta última a actualizar la historia laboral.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 16 de abril de 1968; **2)** Laboró para varios empleadores desde el 01/03/1991 hasta el 31/01/1995, cotizando al ISS; **3)** Se afilió a Colfondos el 31 de enero de 1995; **4)** Colfondos S.A., previo a su afiliación, no le brindó la información sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, los escenarios comparativos de pensión, ni sobre las ventajas de permanecer en el RPM; **5)** El 01/02/2007 se afilió a Protección S.A.; **6)** Dicha AFP tampoco le brindó información sobre las implicaciones del traslado de régimen; **7)** El 19/10/2018 solicitó a Colfondos S.A. y Protección S.A. la anulación de su afiliación; 8) El 22/10/2018 radicó ante Colpensiones, solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPM; **9)** Colfondos S.A. y Colpensiones, mediante oficios de fechas 09/11/2018 y 20/11/2018, respectivamente, negaron su solicitud; **10)** Protección S.A. no ha dado respuesta a su petición.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

2.1. COLPENSIONES (fls. 133-158), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Indicó que la accionante, se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Colfondos y posteriormente a Protección S.A., en virtud de la libre escogencia del régimen pensional.

Precisó que la accionante presentó solicitud de traslado ante Colpensiones el dia 22 de octubre de 2018, y al verificar su documento de identidad se concluye que ya se encontraba próxima a cumplir la edad para adquirir el estatus pensional y dado que no es beneficiaria del régimen de transición, pues para el 1° de abril de 1994 contaba con 25 años y no tenía 15 años de servicios correspondientes a 750 semanas de cotizaciones, pues solamente contaba con 165.97 semanas cotizadas, por lo que resultaría a todas luces improcedente su traslado.

Indicó que el traslado de la demandante se realizó en el año 1995, época para la cual la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto, procedería únicamente para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del año 2014, argumento que desvirtuaría las pretensiones de la demanda, en razón a que estas se fundamentan en la falta de información por parte de las AFP, obligación que solo se instauró en el ordenamiento jurídico hasta el año 2014.

Dijo que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP demandadas, es decir, no existió injerencia alguna por parte de la entidad para que la demandante tomara la decisión de trasladarse.

2.2. COLFONDOS S.A. (fl. 164 a 196), se opuso a las pretensiones incoadas y propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para

solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

Expuso que esa AFP informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo que ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

Precisó que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no tiene derecho a pensionarse bajo el mismo, pues al 1° de abril de 1994 no contaba con 15 o más años de servicios o 750 semanas cotizadas, razón por la cual no es posible su traslado automático al RPM.

Finalmente indicó que, en caso de llegarse a la conclusión de que la vinculación de la actora al RAIS se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento, cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

2.3. PROTECCIÓN S.A. (fl. 202 a 240), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y la innominada o genérica.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad, resaltó que brindó una asesoria completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes

para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido.

Indicó que, tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de la afiliación, pues Protección S.A. jamás ha ejercido ni ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a esta AFP, y nunca ha atentado contra el derecho de la demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, indicó que la actora no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la accionante no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La a quo dictó sentencia condenatoria en la que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, condenando a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante que hubiere recibido producto de la afiliación a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. Así mismo, ordenó a COLPENSIONES recibir los aportes de la demandante, en el régimen de prima media por

prestación definida y proceder a corregir y actualizar su historia laboral.

> En síntesis, previa alusión a las normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar la debida información (artículo 13 literal b, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 numeral 1 del Decreto 673 de 1993 modificado por el artículo 23 de la ley 797 de 2003, artículo 3 literal C de la Ley 1328 del 2009, Decreto 2249 del 2010, la Ley 1748/2014, artículo 3 del Decreto 2079/2015 y Circular Externa 016/2016) afirmó que el deber de información es ineludible, pues las AFP, desde su vinculación, tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos puedan adoptar decisiones consientes y realmente libres sobre su futuro pensional, siendo ello relevante porque eso implica la necesidad de los jueces en evaluar el cumplimiento de este deber de información con el momento histórico que debía cumplirse.

Precisó que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, pues no es suficiente para dar demostrado este deber de información ya que a lo sumo acredito un consentimiento, pero no informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Argumentó que esa entidad es un tercero frente a la primera afiliación hecha por la demandante, además, durante todo el tiempo que estivo afiliada a esa AFP realizó una excelente gestión de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que se evidencia en el estado de cuenta con los rendimientos adquiridos.

Por ello, dijo, ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, es castigarla por la excelente gestión de administración que realizó de estos recursos y se estaría generando un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, entidad que nunca realizó ninguna gestión de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Manifestó que los descuentos por cuotas de administración y por seguro previsional se realizan porque la Ley 100 de 1993 en su artículo 20 autoriza realizar los mismos, los que también se hacen en el RPM, por ello, estos descuentos se realizaron completamente amparados por la Ley.

Expuso que ordenar devolver las cuotas de administración sería desconocer el derecho que existe a las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 el Código Civil y respecto de las cutas de seguro previsional, como su nombre lo indica, se trata de un seguro que es contratado por un tercero, pólizas que se pagan mes a mes por parte de Protección S.A. con una aseguradora para tener vigentes las mismas en caso de que se genere una contingencia como la invalidez o muerte y, si bien en el caso de la demandante no se generaron esas contingencias, en el caso de haber ocurrido, este seguro previsional hubiera tenido que cubrir esos fondos, sin embargo, al seguro no se le devuelve lo pagado por el hecho de que el siniestro no ocurrió.

Finalmente, al ordenarse la devolución de las cuotas de administración y del seguro previsional a Colpensiones, ello constituye un perjuicio para Protección S.A., máxime cuando no existe prueba ni siquiera sumaria de un juramento estimatorio y no se demostró ningún daño que se pudiera justificar con la actuación de esta AFP.

COLPENSIONES

Precisó que, no es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, pues desde que se promulgó el Acto Legislativo 01 de 2005 se buscaba la protección del fondo común del RPM por medio del principio de sostenibilidad financiera y al declararse la ineficacia solicitada se produciría una descapitalización del fondo, en el entendido que la demandante no ha sido tenida en cuenta dentro de la reserva actuarial con la que cuenta esta entidad para el pago de los derechos pensionales de sus afiliados, pues ella se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Frente a la carga de la prueba dijo que esta se encuentra consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso y citó la sentencia proferida por el Tribunal de fecha 10/10/2017 dentro del proceso 19-2015-915 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Andrés Vargas, en la que se expuso que en este tipo de procesos los vicios de error, fuerza y dolo deben ser

demostrados por las partes que los alegan, de manera que no pueden trasladarse a la entidad, ya que, conforme a la norma en cita, las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en que fundan sus alegaciones.

Advirtió que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las AFP, ya que Colpensiones, en los casos en que se ha declarado la nulidad, es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad financiera, especialmente cuando, por el tiempo que ha transcurrido, es imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, especialmente cuando para la fecha del traslado no era obligatorio dejar registro documental.

Expuso que, así como existe el deber de información que alega la demandante en sus pretensiones, también existen unos deberes que los consumidores financieros deben tener a la hora se suscribir un contrato de afiliación como son el de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación e información y capacitación, emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, entre otras, así como la afiliación y el traslado entre administradoras del régimen, la selección y modalidad de pensión, leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación y como diligenciar y firmar los mismos cuando cualquier documento que se requiera dentro del sistema general de pensiones, entre otros, siendo que en el caso concreto no medió por parte de la demandante alguna información de solicitud sobre su futuro pensional, además que se sustrajo de sus deberes como afiliada, máxime cuando posteriormente se afilio a la AFP Protección S.A, pues de esta manera está ratificando su deseo de permanencia en el RAIS.

Dijo que, al haber fundado la acción la demandante en el presunto engaño que hubo por parte de la AFP Colfondos a la cual estuvo afiliada, este no es un argumento válido, toda vez que no estamos frente a un caso de una persona incapaz.

Concluyo solicitando, en caso de no acceder a sus peticiones, se condicione su obligación a la condición previa de que Protección S.A normalice la afiliación al sistema de información de administradoras de fondos pensiones SIAF y haga la devolución de los aportes a Colpensiones con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de ahorro

de individual de la actora, debidamente indexados por el periodo en el que permaneció afiliada al fondo privado.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admiten los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la

entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación

apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

> "El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

> 1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.
> Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
>
> Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.
>
> Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

> 2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado
>
> Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

> La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
>
> (...)".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

> "En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
>
> ...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

> Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

> Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:
>
> En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.
>
> En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.
>
> Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses

desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

f) Posteriormente en SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, lo siguiente:

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

> "Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.
>
> "Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/03/1991 (fl 147 y 245); **ii)** que solicitó traslado hacia el

R.A.I.S. el dia 31/01/1995 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A (fl 182); **iii)** posteriormente, se trasladó de manera horizontal el 22/12/2006 a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A.(fl. 217 vto) y **iv)** que los días 19 y 22 de octubre de 2018 (fls. 51, 54 y 57) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 182 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31/01/1995 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales "*la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*"[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados están en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal y como lo afirmó Colpensiones al sustentar su recurso.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado. Ver la pluricitada SL 1688-2019), cuando en el punto señaló:

> "Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.
>
> La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.
>
> Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

De otro lado, teniendo en cuenta que la demandante efectuó un traslado entre AFP del RAIS, esto es de Colfondos S.A. a Protección S.A., conviene resaltar que, tal y como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el

traslado efectuado entre administradoras del RAIS, por el paso del tiempo, la permanencia en la AFP o el pago de los aportes.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

"De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las ***restituciones mutuas*** *que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

> Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.
>
> [...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la pasiva, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluidos los gastos de administración y seguros previsionales, condena que en tal sentido **SE ADICIONARÁ**, para que estos – los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otros recibido, debidamente indexados.

En cuanto a lo argüido por Colpensiones, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos

pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a lo expuesto por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, referente a que los consumidores financieros también tienen obligaciones y que al momento de escoger el régimen este se acepta con sus condiciones, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en la pluricitada sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, se explican las razones por las cuales, en casos como el que hoy nos ocupa, se da la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado o demandante. En tal sentido, tal y como acontece en el presente asunto, la demandante afirmó no haber recibido por parte de Colfondos S.A. la información veraz y suficiente al momento en que efectuó el traslado de régimen, afirmación que se acredita con el hecho contrario, es decir que la información se suministró, lo que corresponde a, en este caso, Colfondos S.A. y como en antecedencia se dijo, ello no aconteció, por lo que no pueden salir avante los argumentos expuestos por Colpensiones, en tal sentido.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP Protección S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de enero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** promoviese contra **A.R.L. SURA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende el reconocimiento de las prestaciones asistenciales, la reserva matemática constituida para pagar la pensión de invalidez, y las incapacidades temporales que pagó

frente a su afiliado Armando Rojas Otero por el tiempo que éste estuvo expuesto al riesgo psicosocial mientras estuvo afiliado con la demandada. Igualmente, solicita intereses moratorios o indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta: **1)** Armando Rojas Otero estuvo vinculado a SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., hasta el 31 de marzo de 2015; **2)** El 01 de abril de 2015, Armando Rojas Otero se afilió a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.; **3)** El accionante ha estado expuesto a riesgos psicosociales, siendo calificada su patología en febrero de 2004; **4)** Desde la afiliación de Armando Rojas Otero ha asumido el pago de las prestaciones generadas como consecuencia de su patología; **5)** El 21 de abril de 2015 se estableció que Armando Rojas Otero tuvo una pérdida de capacidad laboral del 54,85%, por lo que adquirió el derecho a una pensión de invalidez, la que reconoció en una mesada equivalente a $1'554.548 y constituyó una reserva matemática equivalente a $370'572.738; **6)** Pagó incapacidades temporales por valor de $198'117.718, y prestaciones asistenciales en la suma de $3'954.879; y **7)** Solicitó a la demandada el reembolso de las prestaciones, no obstante, a la fecha este no se ha efectuado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. (fls. 26 a 30), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de responsabilidad de A.R.L. SURA en la forma que se pretende en el proceso; falta de legitimación en la causa para pedir; caducidad; y prescripción.

Indicó que en vigencia de la afiliación de Armando Rojas Otero asumió las prestaciones a su cargo; que es deber de la administradora que tiene afiliado al trabajador asumir las prestaciones asistenciales y económicas; y que los reembolsos se deben requerir dentro del mes siguientes a la fecha en que cese la incapacidad temporal.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de enero de 2021, en la que dictó sentencia condenatoria, condenado a la demandada SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., a pagar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la suma de $198'117.718 por incapacidades temporales pagadas a favor de Armando Rojas Otero; la suma la suma de $3'954.879 por las prestaciones asistenciales pagadas a Armando Rojas Otero y la suma de$370'952.738 por la reserva matemática constituida por la parte actora. Igualmente la condenó en costas.

En síntesis, refirió que conforme al artículo 1° de la Ley 776 de 2002, la demandada debe asumir el pago de las prestaciones asistenciales y económicas reconocidas en favor del afiliado Armando Rojas Otero en proporción al tiempo de exposición al riesgo mientras estuvo vigente su afiliación a dicha entidad.

Indicó que el señor Armando Rojas Otero no contó tiempos de exposición al riesgo en POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., como quiera que éste estuvo afiliado a A.R.L. SURA S.A. del 01 de enero de 1998 al 31 de marzo de 2015, que fue diagnosticado con trastorno mixto de ansiedad y depresión, y episodio mixto de depresión relacionadas con estrés, patologías que fueron catalogadas como de origen laboral y cuya fecha de estructuración fue el 06 de febrero de 2004; y que pese a lo anterior fue POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. quien pagó

la suma de $198'117.718 por concepto de incapacidades temporales, y $3'954.879 por prestaciones asistenciales, cuando nunca estuvo expuso a tal riesgo cuando estuvo afiliado a tal entidad, por lo que hay lugar al reconocimiento de la totalidad de los valores asumidos por tal entidad.

En último término, indicó que no hay lugar a intereses moratorios, pues para se pueda efectuar su condena era necesaria la reclamación ante la demandada, no obstante, no obra tal solicitud; y que ante la improcedencia de intereses moratorios, y verse sujeta la condena a depreciación, es dable reconocerla debidamente indexada.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE DEMANDADA.

Señaló que según el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, el tema crucial es el tema de la exposición al riesgo, el que inició en el caso del señor Armando Rojas Otero cuando empezó a padecer de un estrés postraumático que llevó a su pensión desde 1981 cuando se vinculó a CAJANAL y posteriormente en 1993 cuando empezó su labor en la Rama Judicial; que la exposición del riesgo difiere de lo que es la fecha de estructuración, pues esta última se determina cuando la persona es inválida, empero, no se puede ignorar que desde 1981 el afiliado estuvo expuesto al riesgo que posteriormente generaría su estado de invalidez; y que de esta manera debe tenerse en cuenta todas las vinculaciones que se tuvieron en otras entidades de seguridad social, pero POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. sólo nace a la vida jurídica en 1993.

Agregó que las costas, resultan exageradas por cuanto no se reclamó este reembolso, y que sólo hasta hoy se está poniendo de presente la proporcionalidad que se debe tener en cuenta para el reconocimiento de la prestación; y que la indexación debe

correr la misma suerte de los intereses de mora, pues el demandante no presentó una reclamación en tiempo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no ha sido utilizado por ninguno de los apoderados de las partes.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas que se solicitan; si hay lugar a indexación y si resulta plausible la imposición de costas.

DE LOS RECOBROS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

El sistema de riesgos laborales está concebido básicamente como de aseguramiento. De este modo, el empleador se asimila al tomador del seguro, de allí que es a quien le compete escoger la entidad que debe cubrir los riesgos y asumir totalmente el pago de la prima de aseguramiento o cotización; a su turno, la aseguradora es la Administradora de Riesgos Laborales, el

asegurado el trabajador, los beneficiarios en caso de fallecimiento, quienes integran su núcleo familiar, el riesgo asegurado es la contingencia producto del accidente de trabajo o la enfermedad profesional y sus beneficios se concretan en las prestaciones asistenciales y económicas señaladas en la ley, entre otras, rehabilitación física y profesional, asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica, subsidio por incapacidad temporal, pensión de invalidez o sobrevivientes y auxilio funerario (sentencia del 23 de febrero de 2010, Rad. 33265).

De esta manera, las consecuencias de la materialización de los riesgos laborales están a cargo del empleador desde el inicio de la relación laboral. Empero, para subrogar el siniestro, le corresponde asegurar a sus trabajadores mediante la afiliación a una administradora de riesgos laborales, y pagar las cotizaciones, de modo que, tales entidades tendrán a su cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas y asistenciales previstas en la Ley para amparar las consecuencias derivadas de los sucesos amparados.

De lo expuesto, se desprende que, la cobertura del sistema está supeditada al cumplimiento del acto jurídico formal de la afiliación, el que, tratándose de trabajadores dependientes está a cargo exclusivo del empleador y, con el cual, es posible que opere la subrogación de la responsabilidad al sistema integral de seguridad social que en tratándose de prestaciones económicas originadas en un accidente de trabajo o enfermedad laboral corresponde al sistema general de riesgos laborales. Al respecto, el artículo 1° de la Ley 776 de 2002 establece:

> **"ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. <Declarado INEXEQUIBLE>.

PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación".

Por otra parte, el parágrafo 2° del artículo 1 de la Ley 776 de 2002 señala que las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de una enfermedad profesional, son reconocidas y pagadas por la administradora a la cual se encuentre afiliado el trabajador, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación; **que cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura**; y que para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

De igual manera, el artículo 5 del Decreto 1771 de 1994 señala que las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional son pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica; que la entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron

dicha protección y, de ser posible, en función de la causa de la enfermedad; y que la entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes; norma coincidente con el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto 1072 de 2015, que también establece la forma como se debe realizar el reembolso entre entidades del sistema de riesgos laborales.

Al respecto se destaca, que la normatividad aludida es clara en establecer que la A.R.L. que responde puede repetir *"en la misma proporción del tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras"*, por lo que el factor para determinar la proporción no es otro que el tiempo de exposición al riesgo, de modo que considera la Sala que el elemento determinante y objetivo para establecer las fechas de cobertura para cada entidad administradora, es la **fecha de estructuración de la enfermedad del respectivo afiliado**, en la medida que si el riesgo fue asumido por otra entidad aseguradora en razón de una nueva afiliación, cada entidad debe responder de forma proporcional por el tiempo que perduró la afiliación, pues recuérdese que **cada una responde a prorrata por el tiempo durante el cual otorgaron dicha protección y mientras perduró la afiliación.**

Lo anterior, guarda concordancia con lo que establecía el inciso 3° del artículo 8 del Decreto 1530 de 1996, según el cual, en caso de que la enfermedad profesional se diagnostique con posterioridad a la desvinculación laboral del trabajador, la A.R.L. que cubrió el riesgo podrá repetir para efectos del reembolso contra las anteriores administradoras a las cuales cotizó a prorrata en los términos del artículo 5° anotado y el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002.

Por otra parte, considera la Sala que a efectos de que sea dable reconocer las prestaciones económicas, a cargo de una entidad, es **imperativo que exista una relación entre la patología que dio origen a la prestación, y la que fue objeto de pago**, pues de lo contrario, es la entidad administradora de riesgos laborales en donde se encuentra afiliado el trabajador, la llamada a asumir las prestaciones que puedan surgir.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

i) Armando Rojas Otero estuvo afiliado a SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA del 01 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2008 (fl.78).

ii) El 11 de febrero de 2004, Saludcoop E.P.S. calificó la pérdida de capacidad laboral de Armando Rojas Otero, estableciendo que padecía de un *trastorno de ansiedad por estrés laboral, de origen laboral* (medio óptico de folio 5).

iii) El 23 de febrero de 2004, se realizó estudio del puesto de trabajo en el que se plasma que el actor ingresó a laborar al servicio de la Rama Judicial **el 01 de abril de 1981**, que había desempeñado el cargo de sustanciador durante 14 años, y que tenía como tareas las de estudiar expedientes, leer procesos, digitar, diligenciar secuestros, revisar gacetas judiciales, pagar títulos, atención al público, y elaborar cuadros estadísticos. Igualmente, en el panorama de riesgos del Juzgado 7° Civil Municipal se encuentra entre otros, los psicolaborales, en los que se verifica un grado de riesgo del 0,000056%, por lo que, las consecuencias más probables eran la fatiga laboral, estrés laboral, cambios en el estado de ánimo e irritabilidad (fls. 42 a 57).

iv) El 15 de junio de 2004 se determina por parte de la E.P.S. Saludcoop que el accionante llevaba laborando

244 meses~~días~~ en la Rama Judicial; que presentaba sobrecarga de trabajo al tener que realizar responsabilidades en sus diferentes actividades, tales como, atención al público, y horarios extendidos en el trabajo, lo que le genera mucho malestar físico por su tipo de personalidad (fls. 58 y 59).

v) El 04 de noviembre 2004 la Junta de Calificación de Invalidez- Regional Huila, determinó que Armando Rojas Otero, presentaba una pérdida de capacidad laboral del 12,8%, con fecha de estructuración abril de 2004 (fls. 64 y 65).

vi) El 29 de enero de 2007 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estableció que Armando Rojas Otero tenía una pérdida de capacidad laboral del 22,50% y que la fecha de estructuración de la patología era el 01 de abril de 2006 (fls. 38 a 41).

vii) El 31 de julio de 2008 la actora emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral de Armando Rojas Otero, señalando que éste presentaba un diagnóstico de Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión y Pánico con Agorafobia, por lo que tenía una pérdida de capacidad laboral del 36% con fecha de estructuración 06 de febrero de 2004 (medio óptico de folio 5).

viii) Armando Rojas Otero se encuentra afiliado a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. desde el 01 de abril de 2015 (medio óptico de folio 5).

ix) El 21 de abril de 2015 la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció que Armando Rojas Otero presentaba una pérdida de capacidad laboral del 54,55%, que el origen de su enfermedad era laboral, con fecha de estructuración 01 de agosto de 2005 (medio óptico de folio 5).

x) La A.R.L. demandante reconoció a Armando Rojas Otero la suma de $198'117.718 por concepto de prestaciones económicas y $3'954.879 por prestaciones asistenciales (medio óptico de folio 5).

xi) A partir del 01 de febrero de 2017, La entidad demandante reconoció pensión de invalidez de origen laboral a Armando Rojas Otero, en cuantía de $1'554.546; y que el valor de la reserva matemática por concepto de tal prestación asciende a $370'952.738 (medio óptico de folio 5).

xii) En el peritaje rendido por Rubén Darío Reyes Díaz, médico con posgrado en medicina laboral y ergonomía, se estableció que el actor no estuvo expuesto a ningún riesgo por la patología que presentaba el accionante mientras estuvo afiliado con POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. por lo que A.R.L. SURA debía responder en un 100% (medio óptico de folio 149.)

Al proceso compareció Rubén Darío Reyes Díaz, perito médico, con posgrado en medicina laboral y ergonomía, quien informó que para realizar el peritaje básicamente tomó las historias clínicas que están dentro del expediente, en las que se evidencia que Armando Rojas presenta una patología mental que se estableció que era de origen laboral, así como se determinó una pérdida de capacidad laboral superior al 50%; que el señor Armando Rojas presenta cuadro clínico desde 1999, lo que lleva a manejo de intervención psiquiátrica y psicológica; y que al trabajador se le reconoció una incapacidad temporal, una incapacidad permanente parcial, y luego a una pensión de invalidez; que no se tuvo todo el tiempo en que el actor trabajó en la rama judicial, pues fue a partir de 1999 que comenzó a presentar sus patologías, y en 2005 se determina que es de origen laboral señalándose en 2014 una pérdida de capacidad laboral del 50%; y que en el dictamen de Saludcoop, se toma la exposición al riesgo desde 1998, como quiera que el afiliado trabaja en un entorno que presenta modificaciones, y se determina que son estos los que pudieron generar su situación.

Pues bien. Del acervo probatorio valorado en su integridad, y como quiera que en virtud a que, a cada administradora de

riesgos laborales le corresponde asumir a prorrata el tiempo durante el cual otorgó la protección y mientras perduró la afiliación, y hasta la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral, resulta claro que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., no tiene ningún porcentaje a su cargo, por cuanto la fecha de estructuración de las patologías del trabajador cubierto por el sistema, datan del 01 de agosto de 2005 conforme dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 21 de abril de 2015, y que el señor Armando Rojas Otero fue afiliado a tal administradora tan solo el 01 de abril de 2015.

De esta manera, le asiste, pero solo parcialmente la razón al A Quo, por cuanto en realidad la exposición al riesgo no inició en la calenda en que el trabajador fue afiliado a la ARL SURA., - 01 de enero de 1998 – sino desde que se dio la exposición al riesgo que terminó en el diagnóstico de una enfermedad profesional, la cual llevó incluso al reconocimiento de una pensión de invalidez de este origen.

Lo anterior, por cuanto, en el expediente se tiene prueba de que, en el análisis de puesto de trabajo y el dictamen rendido el 15 de junio de **2004** por parte de E.P.S. Saludcoop – prueba esta que no fue objeto de tacha alguna - se encontró que para esa calenda – junio de 2004 - el señor Armando Rojas Otero llevaba **244 meses** (esto es, un poco más de veinte años) laborando al servicio de la Rama Judicial del Poder Público. En dicho documento se estableció, que, dentro de los riesgos psicosociales de trabajar en tal entidad se encuentra *"la posibilidad de desarrollar fatiga laboral, estrés laboral, cambios en el estado de ánimo e irritabilidad"*, y que el afiliado presentaba sobrecarga de trabajo al tener que realizar responsabilidades en sus diferentes actividades, tales como, atención al público, y horarios extendidos en el trabajo, lo que le genera mucho malestar físico por su tipo de personalidad (fls. 58 y 59).

Así las cosas, i) si el entorno de trabajo es el espacio en el cual transcurre la vida diaria laboral de los individuos, en el que se presenta la mayor exposición a factores de riesgo para la salud; ii) si la enfermedad laboral es aquella contraída como resultado **de la exposición** a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar; y iii) si la cobertura en riesgos laborales se inicia al día siguiente de la afiliación del trabajador por parte de la empresa a la Administradora de Riesgos Laborales, forzoso se hace concluir que **la exposición al riesgo** se da desde el inicio de la actividad respectiva y no desde el momento de estructuración de pérdida de capacidad laboral, porque este último solo refleja el momento en que en efecto, por la exposición al riesgo, se materializó una merma en las capacidades del individuo de origen laboral.

Por lo señalado, la Sala se aparta del dictamen pericial rendido en el proceso, por cuanto dijo "no se tuvo todo el tiempo en que el actor trabajó en la rama judicial, pues fue a partir de 1999 que comenzó a presentar sus patologías, y es en 2005 que se determina que es de origen laboral" conclusión que en sentir de la Sala resulta equivocada, ya que una cosa es la exposición al riesgo y otra la materialización del mismo y ambas tienen alcances y consecuencias diferentes.

Consecuentemente con lo que se viene anotando, y como quiera que el trabajador Rojas Lotero ingresó el 01 de abril de 1981 a la Rama Judicial, y que en virtud de este cargo estaba expuesto a desarrollar entre otros, fatiga laboral, estrés laboral, cambios en el estado de ánimo e irritabilidad; considera la Sala que el periodo de exposición al riesgo se dio desde el 01 de abril de 1981 (fecha de inicio de labores para el empleador público), hasta el 01 de agosto de 2005 (fecha de estructuración de la patología), esto es, por 8761 días, por lo que, en tal sentido, al permanecer 2731 días en A.R.L. SURA, le corresponde a esta el

pago del **31,17%** de las prestaciones que fueron reconocidas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

En consecuencia, únicamente es dable imponerle a A.R.L. SURA el reconocimiento de las prestaciones asistenciales por el tiempo que perduró la afiliación. Así, y dado que se encuentra acreditado que por incapacidades temporales la parte accionante pagó $198'117.718, A.R.L. SURA debe reconocer la suma de **$61'753.292,70**, por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia con el fin de establecer tal valor; que por prestaciones asistenciales se reconoció por la demandante la suma de $3'954.879, A.R.L. SURA debe reconocer la suma de **$1'232.735,78**, por lo que, en consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia con el fin de establecer tal valor; y que la reserva matemática constituida para el pago de la pensión es de $370'952.738, que debe pagar **$115'625.968,43**, lo que conlleva a **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia con el fin de establecer tal valor.

INDEXACIÓN.

En lo que concierne a la indexación la Sala considera viable ordenar su imposición, al ser un mecanismo que busca evitar la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno de la depreciación de la moneda, por tratarse de un hecho de conocimiento público y notorio, de conformidad con lo advertido por la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias como por ejemplo en la del 14 agosto de 2012, Rad. 41522, por lo que, se confirmará su imposición.

COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en **costas** a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los

intereses de A.R.L. SURA., es tal entidad la llamada a asumir tal carga con independencia de si sólo hasta la sentencia de primera instancia se hubieren manifestado los argumentos para impetrarle condena.

En cuanto al valor de las costas, que se entiende se refiere el impugnante a las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que, por concepto de incapacidades temporales, SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. debe reconocer la suma de **$61'753.292,70.**

SEGUNDO – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que, por concepto de prestaciones asistenciales, SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. debe reconocer la suma de **$1'232.735,78.**

TERCERO– MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que, por concepto de reserva matemática constituida para el pago de pensión de invalidez, SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. debe reconocer la suma de **$115'625.968,43**.

CUARTO– CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO– Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J. CORREA STEER**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **BLANCA LILIA GARCÍA GONZÁLEZ** promoviese contra la sociedad **TOTAL QUALITY MANAGEMENT S.A.**

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS Y PRETENSIONES

La activa aspira a que por medio de sentencia ejecutoriada se ordene su reintegro a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía ocupando y como consecuencia de ello, se ordene el pago de los salarios dejados de devengar desde la fecha del

despido, así como la reliquidación del contrato y las demás acreencias laborales.

Como fundamento de sus pretensiones narró que: **1)** Fue contratada por la demandada de mediante contrato de trabajo a término indefinido; **2)** Ingresó a laborar el 08 de julio de 2009; **3)** Ocupó el cargo de Gerente de Proyectos y Operaciones; **4)** A la terminación del contrato su salario fue de $5.028.000; **5)** Trabajó el jornada laboral ordinaria, conforme quedó establecido en la cláusula quinta del contrato de trabajo; **6)** La empresa, mediante comunicación del 17 de noviembre de 2016 le notificó la terminación del contrato de trabajo sin justa causa a partir de esa fecha; **7)** La empresa no tuvo en cuenta, al momento de realizar la respectiva liquidación, las prebendas que le reconocian mes a mes, tales como: $77.900 para uso de celular, $105.000 por auxilios, $500.000 por bonos Sodexo canasta y $428.000 por auxilio para medios de transporte; **8)** Para la fecha de terminación de su contrato tenía pendientes citas médicas para tratamiento por trastorno de ansiedad por estrés debido a los continuos y reiterados malos tratos por parte de su jefe, quien le manifestaba que se podía quedar sin trabajo; **9)** Adicionalmente se encontraba en observación por dos cirugías de columna que se le habían realizado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

TOTAL QUALITY MANAGEMENT S.A., (fls. 117 a 158), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó falta de configuración de fuero de estabilidad laboral reforzada, cobro de lo no debido, buena fe y aplicación de pactos de exclusión salarial.

Aceptó como ciertos la existencia del contrato de trabajo, la modalidad empleada, los extremos temporales del mismo, el

cargo ocupado por la activa, la terminación del contrato de trabajo con justa causa y el salario de $5.028.000.

Indicó que, en virtud de dicha relación laboral se suscribieron otrosí mediante los cuales se acordó entre las partes pactos de exclusión salarial, en los que de manera libre y voluntaria se pactó que dichos rubros no constituían salario, por lo que no serían tenidos en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales y aportes al sistema general de seguridad social.

Explicó que dichos pactos de exclusión salarial fueron los siguientes:

- De fecha 1° de noviembre de 2011, en el que se acordó reconocer mensualmente un bono Sodexo por valor de $500.000;
- Del 1° enero de 2012, por valor de $70.000 el cual era reconocido y pagado a la demandante mensualmente por concepto de uso de celular;
- De fecha 1° de junio de 2012, por valor de $35.000, suma que se pagaba mensualmente por concepto de uso de celular.
- De fecha 1° de enero de 2016 por valor de $428.000, el cual se pagaba por concepto de medios de transporte;
- El de fecha 1° de junio de 2016 por valor de $77.900 por concepto de uso de celular.

Aclara que los auxilios reconocidos en los pactos de exclusión salarial de fechas 1° de enero y 1° de junio de 2012, son los mismos a los que hace referencia la demandante en el hecho 7 de la demanda, en el que precisa que recibía la suma de $105.000 por concepto de auxilios, pero olvida explicar que dicho monto estaba integrado, y tenía su origen en los auxilios

otorgados y pagados por la empresa para el uso del celular, en los citados otrosí y que suman $105.000.

Frente a la desvinculación laboral de la demandante, manifestó que el 8 de noviembre de 2016 la hoy demandante fue citada a audiencia de descargos por haberse configurado tres incumplimientos graves que afectaron notablemente a esa Compañía, incumplimientos que la llevaron, el 17 de noviembre de 2016, a tomar la decisión de dar por terminada la relación laboral con justa causa, de conformidad con lo establecido en los numerales 2, 3, 5, 6, 8 y 13 del artículo 62 del CST.

Concluyó diciendo que, una vez terminó el vínculo laboral, esa empresa procedió a efectuar el pago de la liquidación de prestaciones sociales a favor de la demandante por un valor de $8.409.96, por manera que no existe rubro alguno pendiente entre las partes, estando a paz y salvo por todo concepto derivado de la relación laboral.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 19 de febrero de 2020, en la que dictó sentencia absolutoria declarando probadas las excepciones de falta de configuración de fuero de estabilidad reforzada, aplicación de pactos de exclusión salarial y cobro de lo no debido.

En primer lugar, la a quo aclaró, que, si bien las pretensiones de la acción no son claras, atendiendo los hechos y fundamentos de la acción, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que expone que le corresponde al operador judicial hacer una interpretación de la demanda, correspondía establecer si existió contrato de trabajo entre las partes, si su terminación fue por la justa causa aducida en la comunicación del 17 de noviembre de 2016, en caso afirmativo, si la

demandante resulta beneficiaria de la protección laboral establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como establecer si las prebendas a que hace alusión el hecho 7 de la demanda hacían parte o eran constitutivas de salario y si había lugar a incluirlos en la liquidación de la demandante.

Así las cosas, procedió a establecer, en primer lugar, la existencia del contrato de trabajo entre las partes, encontrando que no existe discusión frente a la existencia de este, pues ello fue aceptado por la demandada al dar contestación a la acción, así como sus extremos temporales que señalan que la demandante fue contratada mediante contrato a término indefinido, ingresando a laborar el 8 de julio de 2019, que ocupaba el cargo de Gerente de Proyectos y Operaciones, que a la terminación del contrato el salario de la accionante era de $5.028.000 pesos, que laboraba en jornada ordinaria.

Dicho lo anterior, procedió a establecer si el despido que sufrió la demandante fue sin justa causa o no, por lo que hizo referencia a los artículos 62 y 63 del CST, y en este caso, a folios 147 a 153 obra carta de terminación del contrato de la demandante el 17 de noviembre de 2016 donde se le indican los cargos endilgados y se señalan las actuaciones o las prohibiciones que violó o las justas causas para la terminación del contrato en las que incurrió, por lo que concluyó que el empleador cumplió con la carga de dar a conocer al trabajador las razones o causas por las cuales se tomó esa determinación.

A renglón seguido expuso, que de las pruebas arrimadas al plenario, si bien es cierto que no se logra demostrar que la primera de las causales esgrimidas para terminar el contrato de la actora, esto es la orden para asistir a una diligencia en fecha 31 de octubre, no se demostró; en cuanto a los cargos segundo y tercero que aluden a que la demandante incumplió con sus obligaciones legales y convencionales, pues dentro del contrato se pactó la obligación de mantener la confidencialidad y que no

podía estar dando a conocer información que estaba bajo su responsabilidad, concluyó que se acreditó la causal, pues la trabajadora incumplió con estas obligaciones de carácter contractual y legal que le imponen las normas legales, tal y como se invocaron en la carta, por lo que calificó de justo el despido.

En cuanto a la alegada estabilidad reforzada, por cuanto se dice en la demanda que al momento de la terminación del contrato la actora se encontraba pendiente de algunas citas médicas y una cirugía, el A Quo consideró pertinente analizar el fuero o estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, frente al cual, reiteró la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia según la cual para ser beneficiario de esta protección la discapacidad de la persona debe oscilar entre el 15% y el 25%, jurisprudencia que también otorga libertad probatoria para establecer la discapacidad recordando la posibilidad de probar no solo con un dictamen de la Junta de Calificación sino también por otros medios probatorios.

Así explicó que dentro del proceso fue probado que la terminación del contrato de las partes fue por una causal objetiva, como se señaló en la carta del 17 de noviembre de 2016, adicionalmente, al analizarse la historia clínica aportada al proceso, concluyó que de la misma no es posible establecer que la accionante tuviese una discapacidad por lo menos moderada, ya que en la demanda no se aduce que para la fecha de la terminación del contrato estuviera incapacitada y, aunque obra una incapacidad que se generó para los días 1 y 2 de noviembre de 2016 no obra dentro de la historia que efectivamente la actora tuviera recomendaciones médicas que limitaran su trabajo o que estuviera en algún tratamiento médico especifico, pues se habla de un trastorno de ansiedad no especificado y se le hizo una remisión a neurología, pero de ello a decir que había un tratamiento especifico, ello no fue así; adicionalmente – indicó – que de las pruebas de carácter médico

allegadas no se puede derivar que la demandante estuviera en una condición que disminuyera sus capacidades para realizar de manera normal sus labores y si bien la historia clínica alude que se hizo una cirugia años atrás y otra 6 años atrás, en la misma no se señala que tuviera alguna cirugia pendiente o tratamiento, tampoco obra prueba alguna de la EPS o la ARL, que indicare que hubo un examen de salud ocupacional de retiro, con algún tipo de enfermedad o tratamiento médico, por lo que concluyó que la demandante no demostró un estado de discapacidad que la hiciera beneficiaria de la protección de estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1991, por lo que no hay lugar al reintegro deprecado.

En cuanto a la petición de reliquidación de prestaciones sociales por cuanto se considera que no se incorporaron las prebendas que se relacionan en el hecho 7 de la demanda, la A Quo se refirió a los artículos 127 y 128 del CST, indicando que a folio 131 a 134 obran los otrosí al contrato de trabajo, en los que las partes de mutuo acuerdo acordaron el pago de unas sumas de dinero no constitutivas de salario y que tampoco harían parte de las prestaciones sociales, y en los que se indica que esas sumas no constituirían salario ni harian parte de las prestaciones sociales, los cuales están firmados por la demandante y no fueron por ella tachados de falsos o desconocidos, por lo que concluyó que existian acuerdos entre las partes de que dichas sumas no constituirian salario, razones por las cuales los consideró válidos, aunado - dijo – a que no se solicitó su declaratoria de nulidad o ineficacia y en su interrogatorio de parte la accionante aceptó haberlos firmado.

Para fundamentar su decisión frente al particular, recordó que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, de forma reiterada ha indicado "*es que lo que no se puede hacer con esos acuerdos es tratar de enmascarar verdaderos salarios y en este proceso no se logra o no se aporta ninguna prueba que le permita demostrar ante este despacho a*

la demandante que estas sumas de dinero retribuían directamente el servicio de la señora demandante, aquí se encuadra perfectamente los auxilios y lo permitido por el artículo 128 del CST, este claramente señala que se pueden otorgar auxilios para medios de transporte, también se le pueden dar dineros para gastos de representación y auxilios habituales u ocasionales que sean acordados expresamente, y aquí específicamente los bonos Sodexo entran dentro de esos auxilios o bonos que se le puedan llegar a dar a las personas para alimentación y también está el auxilio de celular que específicamente allí se señala; aquí no se desvirtuó que la señora demandante no tuviera que utilizar celular para ejercer su labor, ni que no tuviera que utilizar transporte para ejercer su labor y que por eso estas sumas de dinero no eran retributivas directas del servicio, por ende, al no existir una prueba que pueda invalidar los acuerdos realizados, que pudiera declararse la nulidad de los mismos o la ineficacia de los mismos por encontrarse la señora demandante afectada por algún vicio del consentimiento al firmar dichos acuerdos" , estos tienen plena validez.

IV. APELACIÓN

La **PARTE ACTORA** argumentó que, basándose en la cláusula 12 del contrato de trabajo y atendiendo las manifestaciones hechas en la sentencia de primer grado, se señaló que no hubo despido sin justa causa, debido a que la demandante reconoció, siendo cierto, que entregó las claves a un funcionario de la misma entidad, sin embargo, este funcionario era de confianza, además, esa información y la clave que la accionante entregó era para el beneficio de la entidad y no para cosas ajenas a la compañía y la información nunca salió de la empresa y ello se hizo para darle apoyo y continuar con los proyectos que se estaban ejecutando con la entidad.

Explica que, por lo anterior no es procedente, ya que se reconoció efectivamente la entrega de la clave a alguien de la empresa y no es que la demandante no lo reconozca, sino que reconoce que lo hizo para un bien de la empresa con base en sus incapacidades y ausencias y eso lo hace cualquier empresa que dé manejo de la información ya que por un gerente no se puede paralizar una empresa porque la clave no la tiene sino él, además, la confiabilidad que tiene el artículo tiene que ver con lo externo, pero la información nunca salió de la entidad y fue en beneficio de esta, sin tener otro fin.

Frente a la información que se alegó en el correo electrónico, indicó que también se probó y se reconoció por la demandante que fue involuntariamente enviada y que ella no tuvo la intención, además, la parte demandada no demostró ni el despacho encontró que hubo intención o dolo y en el correo no se demuestra que se haga un daño a la empresa o que con la información se perjudicó a esta; la demandante fue clara y precisa en los descargos en expresar lo ocurrido, por lo que no se entiende porqué el despacho consideró que se violó la cláusula de confidencialidad, porque ello no se hizo con intención de causar un daño o con dolo.

Adujo que, durante todo el tiempo que la demandante estuvo al frente de la accionada demostró ser apta e idónea para el cargo, prueba de lo cual es que nunca tuvo un llamado de atención, máxime cuando había otras conductas de acoso laboral y ello motivó a que se le despidiera sin justa causa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante auto del 08 de junio

del 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, del cual hizo uso el apoderado de la demandada quien se ratificó en sus posiciones.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación entiende la Sala que el **problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar si las causas que se adujeron para el despido de la accionante el día 17 de noviembre de 2016 devienen en justas para finalizar la relación laboral que unió a las partes.

Del despido sin justa causa

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte de la actora que dicha terminación se dio debido a la decisión unilateral de empleador.

Por su parte el empleador o demandado, tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto, que no hubo despido, sino que el fin del vínculo de suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión se encuentra amparada en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casacón Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre la materia, entre las que se citan las sentencias SL 592 de 2014, Rad. 431105 y SL 2386 de 2020.

También, de tiempo atrás, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en que, si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación la relación laboral, sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido. Al respecto, se puede consultar las sentencias del 25 de octubre de 1994, Rad. 6874, 02 de mayo de 2012, Rad. 42358, y más recientemente SL2123-2020.

En esta última, expuso la Sala de Casación Laboral:

> "(...) Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1° jun. 2004, se precisó:
>
> > Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vinculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están

tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...]."

VII. DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

A efectos de dar solución a la controversia jurídica planteada, se tendrán como supuestos fácticos, probados e indiscutidos en el proceso los siguientes:

La existencia de un contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes, el cual inició el 8 de julio de 2009 y terminó el 17 de noviembre de 2016 (fl. 3-5 y 127-129); el cargo desempeñado por la demandante - Gerente de Proyecto- ; el último salario devengado ($5.028.000); que el 8 de noviembre de 2016, la actora fue llamada a rendir descargos; que el 9 de noviembre de 2016 se efectuó diligencia de descargos (fls. 21-26 y 139-144); que el 17 de noviembre de 216 se le informó a la trabajadora la decisión de la empresa de dar por terminado su contrato de trabajo con ocasión de las conductas por las cuales fue llamada a descargos el 9 de noviembre del 2016 (fls. 48-54 y 147-153) y que el 17 de noviembre de 2017 le fue entregada la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fl. 55 y 154).

Pues bien. Al expediente se agregó, además de la documental de folios 3 a 85 y 127 a 158, los interrogatorios de parte de ambos extremos litigiosos.

Del interrogatorio de parte de la demandante **Blanca Lilia García González**, se tiene que: i) Para el 31 de octubre de 2016 tuvo conocimiento de que ese día había una junta directiva convocada por Carlos Mario Escobar, ii) no asistió a la reunión del 31 de octubre con la Agencia Minera, porque se citó al representante legal y

ella no era parte del proyecto con dicha entidad, aunado a que los líderes oficializados por esa Agencia tenían que ir a la reunión, además de que tuvo problemas médicos, iii) no es cierto que la empresa le diera contraseñas para manejar un sistema de manera remota, nunca solicitó claves y quien tenía claves era el coordinador directo de área de soporte, iv) como Gerente de Proyectos tenía a su cargo todos los proyectos de la empresa, vi) nunca tuvo una clave de acceso de los servidores y nunca la necesitó porque toda la información estaba en su equipo, siempre habló de las claves de su equipo y los únicos que tenían acceso a esas claves eran los coordinadores de soportes y quien accedió al equipo y se menciona en el acta de descargos es el coordinador de soporte Jorge Muñoz, quien tenía claves para acceder a su equipo, ya que siempre era la cultura de la organización de que la mano derecha o los asistentes tuvieran las claves, porque la empresa no se podía parar porque la gerente de área no estuviera, nunca recibió un llamado de atención por esas prácticas y todos lo hacían, su "segundo" tenía esas, v) fue Carlos Mario Escobar quien autorizó de manera verbal, dado que una vez tuvo una cirugía de columna y una incapacidad de 3 meses y quien quedó a cargo fue Jorge Muñoz, la única persona que tenía acceso al equipo, vi) firmó un contrato de trabajo y sabía de la cláusula de confidencialidad que había, sin embargo, en lo que respecta al equipo y las claves no había información privilegiada o confidencial.

Por su parte el representante legal de la demandada **Carlos Ignacio Unda Bernal,** expuso: i) la demandante desempeñaba el cargo de Gerente de Proyectos, ii) dentro de sus funciones tenía las de manejar todos los proyectos, contratación directamente con la compañía, ella recibía un proyecto nuevo y cuando este se ganaba ella se encargaba de manejar y controlar que todo lo que se había prometido en la cotización inicial del proyecto se cumpliera, controlar al personal que se necesitaba, conseguir los insumos necesarios, el control del proyecto como tal, que los tiempos se cumplieran, la calidad del producto, ello era en esencia su trabajo, iii) la accionante era quien encabezaba o lideraba todos

los proyectos que tenía la empresa, iv) se le generó una audiencia de descargos por solicitud de la Agencia Minera, donde se señaló que no asistió a una reunión convocada por esa entidad, pese a habérsele citado, v) nunca se le dio la orden a la demandante que entregara la contraseña de la cuenta personal de ella en los 2 años anteriores por razón de alguna incapacidad médica; vi) detectaron un día que el señor Jorge Rodríguez entró al sistema de la empresa con la contraseña de la demandante ya que el sistema va grabando quien ingresa al computador y además que la ubicación del equipo no era de la demandante, vii) Jorge Muñoz era la mano derecha de la demandante, x) Jorge Muñoz tenía parte de acceso, pero no a toda la información que tenía Lilia, ya que cierta información es restringida solo al Gerente, quien tenía sus propias claves para ingresar al sistema, viii) En un e-mail generado por la demandante, en el cual acusaba a la Gerencia de estar incumpliendo las normas frente a algunos de los permisos del contrato y esto es de tipo confidencial, lo remitió a la Agencia, a los directamente responsables del proyecto allá en la Agencia Minera, ix) el jefe de la demandante era Carlos Mario escobar Naranjo, x) Jorge Enrique Rodríguez trabajaba para la compañía y era el asistente de la demandante.

De la documental, se extrae el **acta de descargos** rendida por la accionante el 9 de noviembre de 2016 (fls. 21-26 y 139-144) y la comunicación de fecha 17 de noviembre de 2016 cuyo asunto es: "**Notificación de terminación del contrato de trabajo con justa causa**", visible a folios 48-54 y 147-153, en donde se le comunicó a la hoy demandante los motivos y las razones concretas que llevaron a la terminación de su contrato, las cuales concuerdan con las razones por las cuales fue citada y rindió descargos en la diligencia del 9 del mismo mes y año.

Pues bien. Revisada la totalidad de la prueba arrimada a las diligencias, la Sala comparte la decisión del A Quo, al evidenciar que la accionante incurrió en por lo menos, una de las

conductas endilgadas por la demandada para dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, como es aquella referente a la remisión de información confidencial a terceros externos, ajenos al empleador, concretamente a la señora Jimena Ureña, auditoria de la Agencia Nacional Minera, mediante correo electrónico remitido el 2 de noviembre de 2016.

Lo anterior, por cuanto en primer lugar el hecho fue aceptado expresamente por la demandante, no solo en la diligencia de descargos que en su oportunidad le efectuó el empleador, sino además en interrogatorio de parte en el que afirmó que ello si acontenció pero que se debió a un error humano.

Al respecto debe remitirse la Sala a la cláusula 12 del contrato de trabajo suscrito entre las partes, la cual señala que es *"Información Confidencial" aquella a la que tenga acceso o reciba el trabajador en razón a las labores o al cargo que desempeñe para el empleador y que el trabajador se obliga a no reproducir, copiar o transmitir por ningún medio, en todo o en parte, sin el previo y escrito consentimiento del empleador*", siendo esta una de las causales para la terminación unilateral del contrato por justa causa, a decir de los numerales 1°; 2° y 5° de la cláusula séptima del contrato de trabajo, visible a fls 3 y 128 del expediente.

Lo anterior, pues aquel correo de fecha 02 de noviembre de 2016 con asunto "Acceso no autorizado a la información personal y de la Compañía", que la accionante aceptó haber remitido a la Supervisora del contrato suscrito con la Agencia Nacional Minera señora Jimena Ureña, según su respuesta a la pregunta No. 51 hecha en los descargos de fecha 9 de noviembre de 2016 (fl. 25 vto y 143 vto) contenía información que no tenía nada que ver con los asuntos que competían al contrato con dicha Agencia Nacional Minera, por lo que, en los términos precisos del contrato de trabajo suscrito entre las partes, se considera como información confidencial, en atención a que la demandante tuvo acceso a la misma en razón de sus labores o

cargo, con lo que se evidencia una omisión al cumplimiento de lo pactado en la cláusula 12 del contrato de trabajo en consonancia con los numerales 1°, 2° y 5° de la cláusula séptima ídem y el numeral 2° del art. 58 del C.S.T., que a la letra reza: "*No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, (...)*"; sin que pueda considerarse como justificación a dicha conducta el hecho de haber acontecido por un error humano, pues en la ejecución del contrato de trabajo, las partes deben obrar con suma diligencia y cuidado.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada por encontrarse ajustada a derecho.

VIII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

IX. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J. CORREA STEER**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $300.000.oo a cargo de la parte actora.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del articulo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la pasiva contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **CESAR AUGUSTO RIVERA GÓMEZ** promoviese contra **TECNMA FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS AUTOMOTRIZ, DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, y PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ** representado por sus herederos indeterminados y los siguientes herederos determinados: **HUGO CAMILO, DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, ADRIANA LUCERO RIVERA SALGADO, JOSEPH RIVERA GAMBA** (representado por su madre **LILIA MARINA GAMBA)** y **PEDRO JOSÉ RIVERA BAYONA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con **TECNMA LTDA.**, del 01 de diciembre de 1998 al 21 de junio de 2013; que son solidariamente responsables **DIANA LUCILA RIVERA PINILLA** y los herederos de **PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ**. Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca y paguen los salarios de marzo a junio de 2013, cesantías de 1998 a 2005, intereses a las cesantías, vacaciones, y prima de servicios; reajuste de las cesantías de 2006 a 2013 por haber sido pagados sobre un valor inferior al realmente devengado; indemnización por despido sin justa causa; aportes a pensión conforme al salario realmente devengado; sanción por no consignación de las cesantías; e indemnización moratoria.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Fue vinculado por **TECNMA LTDA.**, en calidad de Gerente Operativo el 01 de diciembre de 1998, cargo en el que desarrolló las funciones de producción, ventas, instalación de maquinaria, servicios postventa, atención al cliente, asistencia remota y labores administrativas, tales como, cobranzas, manejo de cartera, y trámite de contratos; **2)** Estuvo bajo la subordinación de sus jefes, PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, Ingrid Johanna Rivera Peña, y DIANA LUCILA RIVERA PINILLA; **3)** Devengaba $4'000.000; **4)** Fue despedido el 21 de junio de 2013 presuntamente porque perdió unas carpetas, contratos y pólizas de clientes, por desconectar cámaras de seguridad con el

propósito de sustraer información, y por haber bloqueado los correos electrónicos de la empresa; no obstante, entregó las carpetas a DIANA LUCILA RIVERA PINILLA como consta en documento remitido a Camilo Rivera, además tenia el manejo de la carpeta por disposición de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, no tuvo contacto con el bloqueo de correos ni la desconexión de cámaras; **5)** No se siguió el procedimiento disciplinario establecido en el reglamento interno de trabajo para darle terminación a su vínculo; y **6)** La sociedad demandada no ha pagado las acreencias laborales que se pretenden, y le fueron efectuados su aportes a seguridad social y consignadas sus cesantías sobre valores inferiores a los que realmente devengó.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificados los convocados contestaron en los siguientes términos:

HEREDEROS INDETERMINADOS DE PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ (fls. 76 a 78), contestaron a través de Curador Ad Litem, quién manifestó que no le constan los hechos de la demanda, y que estos deben probarse. Propuso como excepción de mérito la que denominó, genérica.

DIANA LUCILA RIVERA PINILLA (fls. 105 a 111), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las de, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de relación laboral entre el demandante y PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, de la ausencia de medio probatorio que demuestre responsabilidad de la heredera DIANA LUCILA RIVERA, prescripción de derechos laborales, y la genérica.

Negó todos los hechos de la demanda. Indicó que no existe claridad de las peticiones que se están elevando, ya que se

intenta la declaratoria de un contrato de trabajo con una persona jurídica y con una persona natural fallecida, y por otro lado, se solicita la solidaridad de las obligaciones laborales de los socios y de los herederos; que todos los hechos referenciados en la demanda son ajenos a DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, por demás que como socia no tuvo ningún tipo de injerencia o decisión en la persona jurídica; que la relación laboral no se presentó con ninguna de las dos personas naturales demandadas; y que no existen pruebas que fundamenten la presunta relación laboral así como tampoco la solidaridad alegada.

HUGO CAMILO RIVERA PINILLA (fls. 135 a 154), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de falta de legitimación por pasiva; inexistencia de relación laboral entre el demandante y PEDRO JOSÉ RIVEA GÓMEZ; falta de conformación de litisconsorcio necesario, indebida conformación de litisconsorcio facultativo-artículo 87 del C.G.P.; de la ausencia de medio probatorio que demuestre responsabilidad del heredero HUGO CAMILO RIVERA; y la genérica.

Negó todos los hechos de la demanda. Indicó que no existe claridad de las peticiones que se están elevando, ya que, se intenta la declaratoria de un contrato de trabajo con una persona jurídica y con una persona natural fallecida, y por otro lado, se solicita la solidaridad de las obligaciones laborales de los socios y de los herederos; que todos los hechos referenciados en la demanda le son ajenos, puesto que en ningún momento tuvo una relación laboral con el demandante; que los hechos planteados son contra una persona jurídica, la que tiene su propia responsabilidad; que la relación laboral no se presentó con ninguna de las dos personas naturales demandadas; que deben ser citados la totalidad de los herederos dentro del proceso con radicado 2013-880 que cursa en el Juzgado 16 de Familia del

Circuito de Bogotá; y que no existe ninguna prueba que acredite la relación laboral o la solidaridad deprecada.

TECNMA LTDA., FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS AUTOMOTRIZ (fls. 143 a 154) de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las que denominó de falta de legitimación por pasiva; inexistencia de relación laboral entre el demandante y PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ; ausencia de medio probatorio que demuestre la relación laboral aludida; prescripción; mala fe; inexistencia de prestaciones debidas y falta de prueba que demuestra la relación laboral; y la genérica.

Negó todos los hechos de la demanda, salvo el octavo, relativo a la terminación del contrato de trabajo; el resto, no lo aceptó. Adujo que el actor nunca tuvo el cargo de Gerente Operativo, que la vinculación se dio en el año 2005. Afirmó que la terminación del vínculo entre las partes finalizó por cuanto el actor efectuó un actuar desleal, deshonesto y por fuera de la ley, en virtud de que había desconectado algunas cámaras, retirado carpetas, ofreció información de las dependencias de la sociedad, bloqueó el correo electrónico, y manipuló dicha información.

Indicó que no existe claridad de las peticiones que se están elevando, ya que se intenta la declaratoria de un contrato de trabajo con una persona jurídica y con una persona natural fallecida, y por otro lado, se solicita la solidaridad de las obligaciones laborales de los socios y de los herederos; que los hechos planteados son contra una persona jurídica, la que tiene su propia responsabilidad; que la relación laboral no se presentó con ninguna de las dos personas naturales demandadas; que no existe ninguna prueba que acredite la relación laboral o la solidaridad deprecada; y que el supuesto contrato de trabajo se

desarrolló entre 1998 y 2013, y se demandó en 2016, por lo que, se encuentran prescritas las acreencias laborales pretendidas.

JOSEPH RIVERA GAMBA contestó a través de su madre Lilia Marina Gamba (fls. 165 a 168), quien del mismo modo se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, inexigibilidad de la obligación, buena fe, prescripción, y cobro de lo no debido.

Negó todos los hechos de la demanda. Indicó que no conoció el manejo administrativo de la sociedad demandada; y que esta entidad cumplió de manera puntual y rigurosa con sus deberes, otra cosa es que el demandante quiera aprovechar el suceso de la muerte de **PEDRO JOSÉ RIVERA.**

ADRIANA LUCERO RIVERA SALGADO (fls. 210 a 222) contestó a través de Curador Ad Litem, quien también se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones las de buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de la demandada que represento, cobro de lo no debido, y pago.

Aceptó que el demandante se desempeñó como Gerente Operativo; y que la relación entre el actor y **TECNMA LTDA.** finalizó presuntamente por cuanto el actor perdió unas carpetas, contratos y pólizas de clientes, por desconectar cámaras de seguridad con el propósito de sustraer información, y por haber bloqueado los correos electrónicos de la empresa.

Indicó que no existe prueba alguna de la que se pueda desprender la existencia de una relación laboral con **ADRIANA LUCERO RIVERA SALGADO**, por demás que no existe prueba de

que ésta se hubiera hecho parte de la sucesión del señor **PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ.**

Mediante auto del 03 de octubre de 2018 se tuvo por NO CONTESTADA la demandada por parte de **PEDRO JOSÉ RIVERA BAYONA** (fls. 224 a 226).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 10 de diciembre de 2020, en la que **condenó**, en los siguientes términos:

> **PRIMERO: DECLARAR** que entre la sociedad **TECNMA LTDA**. y el actor existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de diciembre de 1998 hasta el 21 de junio de 2013.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** que el salario devengado por el actor desde el 01 de mayo de 2013 hasta la finalización del vínculo ascendió a la suma de $4'000.000.
>
> **TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** propuesta por todo el extremo pasivo respecto de los derechos causados y no reclamados con anterioridad al 08 de junio de 2013, salvo lo concerniente al auxilio de cesantías y aportes a la seguridad social en pensiones.
>
> **CUARTO**: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la sociedad TECNMA LTDA. a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero:
>
> **a)** $1'866.662 por concepto de 14 días de salario por el mes de junio de 2013.
> **b)** $2'022.245 por concepto de cesantías causadas entre el 01 de diciembre de 1998 y el 30 de agosto de 2005.
> **c)** $283.333 por concepto de reliquidación de cesantías causadas entre el 01 de mayo y el 21 de junio de 2013.
> **d)** $366 por concepto de reliquidación de intereses a las cesantías causadas entre el 01 de mayo y el 21 de junio de 2013.
> **e)** $950.000 por concepto de vacaciones.
> **f)** $1'233.333 por concepto de prima de servicio de 2013.
> **g)** Los intereses moratorios sobre los salarios y prestaciones adeudadas, mismos que se deben liquidar desde el 22 de junio de 2013 y hasta la fecha que se verifique el pago efectivo de salarios y prestaciones sociales a título de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.
>
> **QUINTO: CONDENAR** a la sociedad demandada a trasladar las sumas que por concepto de aportes a seguridad social en pensión le correspondan al actor con base en el cálculo actuarial que efectúe la

A.F.P. escogida por el demandante por el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 1998 y 30 de agosto de 2005, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad; del mismo modo deberá trasladar la diferencia de los aportes correspondientes en el periodo del 01 de mayo al 21 de junio de 2013, teniendo en cuenta que el salario de esos meses fue de $4'000.000 y se aportó con un salario menor.

SEXTO: DECLARAR que el actor fue despedido sin justa causa comprobada y en consecuencia condenar a la TECNMA LTDA. a pagarle la suma de $40'154.656,60.

SÉPTIMO: DECLARAR que DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, y los otros herederos determinados de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, esto es, HUGO CAMILO Y DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, ADRIANA LUCERO RIVERA SALGADO, JOSEP RIVERA GAMBA, y PEDRO JOSÉ RIVERA BAYONA, así como los indeterminados en su calidad de socios de la empresa de responsabilidad limitada TECNMA LTDA. son solidariamente responsables hasta el límite de sus aportes sociales de las condenas aquí impuestas.

OCTAVO: ABSOLVER a los demandados de las restantes pretensiones incoadas en su contra por el actor.

NOVENO: CONDENAR EN COSTAS a TECNMA LTDA por haber sido vencida en juicio. En su oportunidad se tasarán.

En síntesis, refirió que las certificaciones laborales gozan de pleno valor probatorio a menos que se acredite que lo contenido en ellas no asevera la realidad; que en el caso no se logró desvirtuar su contenido, ya que fue suscrita por Johana Rivera Peña, quien fungía como representante legal suplente de la sociedad y la expidió cuando el representante legal principal se encontraba hospitalizado; que el objeto de la suplencia no es otro que reemplazar al principal en su ausencia temporal o definitiva; que la denuncia penal que elevaron los demandados contra Johana Rivera Peña fue frente a hechos ajenos al certificado que expidió sin que se pueda presumir que todas sus actuaciones carezcan de validez; que del análisis integral del anterior documento en conjunto con los testimonios de Orlando García Gómez, Ingrid Johana Rivera Peña, y José Agustín Rivera Gómez, se desprende que el actor prestó sus servicios desde diciembre de 1998; que nada impide que un trabajador simultáneamente estudie, más aún cuando su horario en su mayoría era diurno, por demás que se podía laborar en jornadas

flexibles de trabajo distribuidas en la semana con un máximo de 48 horas y un día de descanso; que pese a que el testigo José Agustín Rivera Gómez es hermano del actor se encontró que su declaración fue conteste, clara y no evasiva; que el testimonio de María Virginia Pinilla Corredor no logra restarle credibilidad a la certificación emitida por la representante legal suplente de la sociedad; que no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación por parte de la pasiva; y que por lo anterior, es dable concluir la existencia de un contrato de trabajo desde el 01 de diciembre de 1998 hasta el 21 de junio de 2013, extremo final que se logra desprender de la carta de terminación de la relación laboral.

En cuanto al salario, expuso que el valor de de $4'000.000 únicamente puede tenerse en cuenta desde la fecha que se expidió la certificación, esto es, desde mayo de 2013, pues con anterioridad se carece de prueba sobre los salarios devengados por el actor; que la nóminas allegadas carecen de firma; que las acreencias laborales de 2006 a 2013 se liquidan con los salarios acreditados, y para las de 1998 a 2005 se tendrá en cuenta el salario mínimo legal, ya que no se acreditó ningún tipo de remuneración; que por lo dicho, resulta procedente el reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías, y aportes a pensión del último periodo laborado en 2013; y que al no acreditarse el pago de cesantías y aportes a pensión de 1998 a 2005, prima de servicios, y vacaciones, procede su reconocimiento.

Señaló que operó la excepción de prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 08 de junio de 2013, (salvo auxilio de cesantías y aportes a pensión), así como la sanción por no consignación de las cesantías, pues las que no se reconocieron datan de 1998 a 2005.

Condenó a la indemnización moratoria, al concluir que no se encuentra demostrado el por qué la sociedad demandada se abstuvo de reconocer salarios y prestaciones sociales, dirigió toda su defensa al desconocimiento de una relación laboral, advirtiendo que la indemnización moratoria se debe reconocer únicamente sobre intereses moratorios al demandarse después de transcurridos 24 meses.

Frente a la condena a la indemnización por despido sin justa causa, argumentó su viabilidad, por cuanto se demostró el hecho del despido con la carta de terminación, pero no la justa causa por parte del empleador, puesto que no se encuentra demostrado que el actor sustrajo carpetas, desconectó cámaras, y bloqueó correos electrónicos; y que contrario a lo anterior, en el proceso está demostrado que el actor sí tenía el manejo y custodia de las carpetas y que éstas fueron relacionadas en un acta de entrega de junio de 2013.

En último término, explicó, que conforme al artículo 36 del C.S.T. los socios de las sociedades de personas son solidariamente responsables hasta el límite de sus aportes, por lo que deben responder en calidad de solidarios **DIANA LUCILA RIVERA PINILLA y PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ** a través de sus herederos.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

TECNMA LTDA, DIANA LUCILA Y HUGO CAMILO RIVERA PINILLA. Los demandados afirmaron que no se valoró de manera conjunta la prueba allegada al expediente, por demás que se tuvieron en cuenta testimonios que fueron tachados y que no resultaban lo suficientemente fidedignos, no obstante, se tuvieron en cuenta para tener por demostrada una relación laboral inexistente; que no se le dio el valor correspondiente a la

certificación emitida por la Universidad de la Salle, en la que se advierte que el demandante cursó su universidad de manera diurna entre 2000 y 2005, por lo que no resulta coherente que hubiera prestado sus servicios en tal lapso; que no se tuvo en cuenta que contra el actor se elevaron denuncias, que esto fue precisamente lo que generó la terminación de su contrato de trabajo, se presentaron situaciones que fueron puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación luego del fallecimiento de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ; que no se tuvieron en cuenta las manifestaciones de la testigo "Virginia" ni lo dispuesto en el interrogatorio de parte para tener que el salario del actor nunca fue de $4'000.000, más aún cuando se manifestó que tal certificación tuvo como fin ayudar al actor frente a un crédito bancario; y que se incurrió en errores al momento de liquidar las condenas, ya que no se hicieron de conformidad con el Código Sustantivo de Trabajo.

ADRIANA LUCERO RIVERA SALGADO Y HEREDEROS INDETERMINADOS. Argumentaron que se debieron acreditar los elementos del artículo 23 del C.S.T., no obstante, no se logró probar que en los tiempos que el actor estudió en la Universidad de la Salle, laboró para la sociedad demandada, así como tampoco el elemento de la subordinación; que no se ha terminado la sucesión ni se le ha adjudicado ningún tipo de bien, por lo que no podría entrar a responder por ningún tipo de obligación; y que sus representados no tuvieron ninguna relación con la demandada.

JOSEPH RIVERO GAMBA. Indicó que el extremo inicial tomado en cuenta por el despacho no tiene fundamento fáctico ni probatorio, como quiera que se tuvo en cuenta un certificado que fue expedido en una época en la que hubo muchas inconsistencias y situaciones que fueron puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, por demás que

el señor PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ para tal época se encontraba incapacitado; que en interrogatorio de parte el accionante reconoció que el certificado fue expedido con la finalidad de lograr un crédito de un banco; que no se valoraron los dichos de los testigos que comparecieron para verificar si había lugar a declarar el extremo inicial que se tuvo en cuenta, por demás que los testigos del actor no atinaron a establecer las direcciones de la prestación del servicio ni el horario del demandante; que el hermano del demandante tiene un vinculo filial del que se puede desprender un interés en las resultas del proceso, por lo que, debió valorarse la prueba de otra manera; que no se tuvieron en cuenta los salarios consignados en los aportes a pensión, pero si se tiene uno por valor de $4'000.000 que hace parte de una certificación que fue tachada y desvirtuada; y que su representado es un menor de edad, por lo que no ha sido notificado de ningún tipo de rédito ni bien.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de ADRIANA LUCERO RIVERA SALGADO y HEREDEROS INDETERMINADOS para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver,** se circunscriben a determinar si entre la parte actora y **TECNMA LTDA.**, existió una relación laboral; si los extremos del vínculo en realidad acontecieron entre el 01 de diciembre de 1998 y el 31 de diciembre de 2005; si es dable tener en cuenta como prueba la certificación emitida por Ingrid Johana Rivera Peña, así como el testimonio de José Agustín Rivera Gómez para declarar los extremos del contrato de trabajo y el salario; si se encuentra debidamente acreditada la justa causa de terminación del contrato de trabajo; si fueron bien liquidadas las condenas; y si es posible imponer condena contra los herederos de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, quienes fueron llamados en solidaridad.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de

un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo[1].

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

> "[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.
>
> Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le

[1] **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

> corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.
>
> Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia".

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

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020**.

SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS.

El artículo 36 del C.S.T. dispone que son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son hechos objeto de controversia los relativos a que i) HUGO CAMILO, DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, ADRIANA LUCERO RIVERA SALGADO, JOSEPH RIVERA GAMBA y PEDRO JOSÉ RIVERA BAYONA son hijos de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ según registros civiles de nacimiento obrantes a folios 6 a 10; ii) la sociedad demandada se encuentra registrada en cámara de comercio como una sociedad limitada, cuyos socios son los señores DIANA LUCILA RIVERA PINILLA y PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ (fls 2 a 4) iii) la señora JOHANA RIVERA PEÑA fungió como representante legal *suplente* de TECNMA LTDA.,

hecho que no es discutido en el proceso y que además se deduce del mismo memorándum suscrito el 22 de mayo de 2013 por DIANA LUCILA RIVERA PINILLA en donde en tal calidad se le requirió a RIVERA PEÑA para que rindiera cuentas del manejo de la empresa TECNMA LTDA. (fls. 124 y 125); iv) el señor PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ falleció el 22 de mayo de 2013 (fl.5); v) al actor le fue terminado su contrato de trabajo con justa causa el 21 de junio de 2013, con fundamento en los hechos narrados en dicha misiva (fl.11), vi) los señores Hugo Camilo y Diana Lucia Rivera Pinilla, denunciaron penalmente a Ingrid Johana Rivera Peña, Constanza Vásquez, José Agustín, Jorge Martin, y al demandante, por lesionales personales (fls. 116 a 119); finalmente, vii) el señor Hugo Camilo Rivera Pinilla, presentó denuncia contra el actor e Ingrid Johana Rivera Peña por cuanto acudieron a la Notaría 33 de Bogotá el día del fallecimiento de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ a solicitar la resciliación y cancelación de las escrituras públicas 3367 y 3369 del 28 de diciembre de 2012, bienes de los que era copropietario el actor antes de su traspaso a la sociedad TECNMA LTDA. (fls. 127 a 131)

Igualmente, comparecieron a rendir testimonio **Orlando García Gómez, Ingrid Johana Rivera Peña, José Agustín Rivera Gómez, y María Virginia Pinilla Corredor**, quienes manifestaron lo siguiente:

Orlando García Gómez dijo que estuvo vinculado en TECNMA LTDA., de 1996 al 2002 como soldador armador; que la empresa empezó en el barrio y fue creciendo al punto que tocó trasladarla en 1997 o 1998; que conoció al demandante porque él era hermano de PEDRO RIVERA GÓMEZ, que llegó a trabajar apenas salió del colegio; que eso fue un poco antes que la empresa se trasladara; que el actor llegó a trabajar primero con PEDRO RIVERA GÓMEZ en un trabajo de unos elevadores, lo que

se hizo en el barrio Ricaurte; que eso fue a finales de 1998, en diciembre; que conoció al actor cuando PEDRO RIVERA GÓMEZ lo llevó al Verbenal, que fue el lugar donde estaba la empresa en 1998, y luego sería trasladada a finales de tal año; que cuando se le retiró, el actor estaba estudiando en la universidad y trabajaba cuando salía de allá; que el actor llegaba a las 2:00 P.M. o 3:00 P.M. y trabajaba; que se iba a las 8:00 P.M. y el actor seguia ahí, laboraba como hasta las 10:00 P.M.; que el actor prácticamente iba todos los días; que si el demandante no iba por la mañana iba por la tarde, por los horarios de la universidad; que el jefe del actor era PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ; que las funciones del actor era soldar, torno, pintaba, pulía, si tocaba hasta barría; que con Virginia, la esposa de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ trabajó, ella manejaba la empresa en conjunto con éste, era la segunda a cargo de la empresa; que no conoce a Ingrid Johana Rivera; que empezó cuando abrió la empresa, y como le fue bien, se trasladaron para la carrera 30 con calle 6 en 1998; que el actor llegó a hacer el proyecto de los elevadores con PEDRO JOSÉ GÓMEZ DÍAZ donde German Trujillo, quien tenía una bodega; que cuando llegó el actor a la carrera 30 con calle 6, se rotaban los puestos porque tocaba estar en varias máquinas en el transcurso del día; y que el actor siempre estuvo laborando, las interrupciones eran cuando él iba a estudiar, de resto siempre estaba en la empresa, incluso festivos.

Por su parte, **Ingrid Johanna Peña** manifestó que era Contadora Pública; que el actor es su tío; que prestó servicios para TECNMA LTDA., de 2006 a 2013, iniciando como Administradora de Punto de Ventas, y luego como Representante Legal Suplente lo que desempeñó de 2011 a 2013; que durante el tiempo que estuvo en la empresa el actor siempre estuvo trabajando; que el actor era el encargado de abrir y cerrar la fábrica; que el horario era de lunes a sábado y muy rara vez los domingos; que al final del contrato el actor tuvo como salario por

nómina $2'000.000 y otro ingreso por otros $2'000.000 por prestación de servicios por cuenta de cobro para un total de $4'000.000, pero en nómina sólo aparecía $2'000.000; que no aparecían los $4'000.000 porque fue un acuerdo con su hermano por cuenta de cobro del alquiler de un vehículo, pero realmente era de la relación laboral; que el actor empezó a laborar según los documentos desde el 01 de diciembre de 1998, eso está en la carpeta del empleado; que hasta cuando estuvo, mayo de 2013, el actor seguía; que el demandante tenía como cargo Gerente Operativo y sus funciones estaban en la parte de operaciones, fabricación, coordinación de mantenimiento con los clientes, desarrollo de software, manejo y contratación de personal, compras y otras.; que el jefe del accionante era PEDRO RIVERA GÓMEZ; que el gerente era PEDRO RIVERA GÓMEZ; que dentro de sus funciones tuvo manejo de personal, pago de nóminas, proveedores, manejo de contabilidad, impuestos y todo lo contable; que expidió la certificación laboral de folio 20 por solicitud del empleado; que al demandante se le pagaron hasta el momento en que estuvo en el cargo, cesantías y primas, siempre a tiempo; que al demandante no se le pagó vacaciones en tiempo ni dinero; que no recuerda si la certificación la expidió por cuanto el actor la necesitaba para un crédito; que al momento de expedir la certificación, PEDRO RIVERA GÓMEZ estaba con vida pero hospitalizado, no tenía capacidad para firmarla, por lo que en su respaldo como suplente estaba ella; que no efectuó el pago del salario de junio porque los herederos ya habían tomado el control, eso fue el 28 de mayo, desde que murió PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ; que pagó aproximadamente hasta abril; que el actor no tenía que ver directamente con recursos humanos, quizá podía recomendar a alguien para contratar o para terminar contrato; y que hizo entrega de la chequera de los pagos, no de la documentación, por eso pudo certificar la condición del actor.

José Agustín Rivera Gómez señaló que es hermano del actor; que trabajó para TECNMA LTDA. desde 1996 hasta abril de 1999, y después fue intermitente hasta 2011; que en 1996 la empresa estaba en el barrio el Verbenal, después se trasladó a una propiedad que PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ compró en el barrio San Antonio ubicado igualmente en el Verbenal, después pasó a la Calle 6 con carrera 31, y después supo que pasaron la empresa a la Carrera 31 con calle 11; que el actor prestó servicios a TECNMA LTDA. aproximadamente desde diciembre de 1998; que no recordaba bien si el actor comenzó a prestar el servicio en el Verbenal, pero si estuvo cuando se inició en la carrera 31 con calle 6; que el actor comenzó siendo soldador, tornero, pulidor, pintor; que había hora de entrada fija pero no de salida porque el trabajo era pesado y él tenía una función importante; que se retiró en 1999 pero intermitentemente prestaba sus servicios, situaciones en las que veía que el actor estaba dirigiendo la empresa; que no recuerda cuándo el demandante inicia estudios, que fue como en 1999, pero que él estudiaba en la mañana hasta las 2:00 P.M.; que cuando trabajó para TECNMA LTDA. también estudiaba; que le consta lo anterior porque vivía con el actor; que el jefe inmediato del demandante era PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ; que la empresa se constituyó en 1998, pero como tal la empresa surgió desde 1996; que en 1998 hubo un acuerdo con Germán Trujillo en el Ricaurte, él tenía una ferretería, y él les la facilitaba algunos materiales; y que el actor en Ricaurte desarrollaba las mismas funciones que tenía en Verbenal, soldador y tornado.

Finalmente, **María Virginia Pinilla Corredor** señaló que era la esposa de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ y cuñada del actor; que era la dueña de TECNMA LTDA. junto con PEDRO RIVERA desde 1998; que antes de 1998 la empresa prestaba los servicios, pero en términos no legales, e inclusive fue torneador JOSÉ RIVERA GÓMEZ; que el actor empezó a trabajar desde 2005 con

la empresa; que el actor era encargado de la parte comercial, y que ella era de la parte administrativa; que el actor no prestó servicios antes del 2005, pero que él iba de vez en cuando porque tenían la bodega y lo vio allá, no tenía un vínculo directo, un horario, ni labores específicas; que después del 2005, el actor si trabajó bajo contrato; que en el 2005 se contrató al actor porque él terminó la universidad y empezó a trabajar, comenzó a desarrollar trabajos en equipos y tecnología, además colaboraba en el taller; que se retiró en el 2006; que el actor trabajó hasta 2013; que cuando se retiró su hija DIANA LUCILA RIVERA PINILLA quedó como socia; que al actor se le terminó el contrato, hasta donde sabe porque no estuvo de forma directa en la empresa porque con la muerte de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ prácticamente la empresa se disolvió; que DIANA LUCILA RIVERA PINILLA como socia y familiar estuvo al tanto de la empresa desde el día que PEDRO JOSÉ RIVERA murió o días antes; que sus hijos llegaron a hacerse cargo de la empresa, y a DIANA LUCILA RIVERA PINILLA le tocó coger la representación legal porque la representante suplente, y otras personas estaban haciendo cosas ilegales; que cuando sus hijos quisieron coger parte de la empresa, fueron sacados, casi los matan, les tocó llevarlos a medicina legal; que entre los agresores estuvo el actor, José (el hermano) e Íngrid Johana Rivera; que pusieron la correspondiente denuncia, y a HUGO CAMILO RIVERA PINILLA le dieron ocho días de incapacidad y a DIANA LUCILA RIVERA PINILLA tres días de incapacidad, los amenazaron de muerte, por lo que tuvieron que irse a Barranquilla, lugar donde viven; que cree que despidieron al actor porque TECNMA LTDA. al parecer fue pasada a otra empresa, sacaron toda su información y la de los clientes; que no estaba en ese momento; que el actor entró a trabajar a finales del 2005, estuvo trabajando en la parte del taller y a cargo de desarrollar algunos proyectos, tenía personas a cargo; que el actor no fue Gerente Operativo porque la empresa no daba para tener gerentes; que el único Gerente era PEDRO

JOSÉ RIVERA GÓMEZ; que TECNMA LTDA. no estuvo en el Ricaurte, iniciaron en 1994 como por San Andresito, de ahí al Verbenal, luego para la calle 6 con carrera 31, y finalmente en la calle 12 con carrera 30; que quienes estaban al mando mientras que PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ estaba hospitalizado eran sus hijos HUGO CAMILO Y DIANA RIVERA PADILLA; que ellos pusieron una denuncia para que Jhoanna Rivera no tomara ninguna decisión y que no sabe con qué argumento expidió una carta de que el actor trabajó desde 1998; y que la empresa comenzó a tener empleados a partir de 1999 o 2000 que se legalizaron.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte que el elemento de la prestación personal del servicio se encuentra acreditado, no solo con la testimonial que es conteste en manifestar que el accionante efectuó labores al servicio de la sociedad **TECNMA LTDA.**, ello aunado a la prueba documental de folios 21 a 37, e incluso los interrogatorios de parte de los demandados quienes reconocen la prestación personal del servicio del demandante por lo menos a partir del año 2005.

En este punto, la controversia que establecen las partes, más que la existencia de la relación laboral, es el momento en que inició dicho vínculo, esto es, el **extremo inicial**, pues los impugnantes ponen en duda no sólo la certificación emitida el 26 de mayo de 2013 por la representante legal suplente, Ingrid Johana Rivera Peña, sino también los testigos de la parte actora.

En ese orden de ideas, se hace necesario rememorar en relación con las certificaciones emitidas por el empleador que en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos *"pues no*

es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad"; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017; y SL2600-2018). En la primera de las sentencias aludidas, manifestó:

> "Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:
>
> *El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral".*

Así las cosas, no encuentra la Sala que exista en el plenario una prueba que sea de tal contundencia que permita establecer que la certificación emitida por Ingrid Johana Rivera Peña, carece de veracidad, nótese que no fue objeto de controversia que tenía la calidad de representante legal suplente al momento de expedir tal documento - 20 de mayo de 2013 -, y que el representante legal principal para tal momento se encontraba en estado de incapacidad, tanto que se produjo su fallecimiento dos días después, recuérdese que para que el representante legal suplente pueda desempeñar funciones de representación, se requiere, no la ausencia material del titular, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones que le han sido asignadas. Al punto,

la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SC9184-2017 dijo:

> "En virtud de la libertad de estipulación contractual, también pueden ser administradores quienes no desempeñan ese cargo de manera permanente, pero están facultados para actuar como suplentes en ausencia temporal o definitiva del principal. Esta falta no tiene que ser necesariamente material, sino que el principal debe estar imposibilitado para desempeñar sus funciones".

En todo caso, el artículo 32 del C.S.T. establece que pueden obligar al empleador, entre otras personas, los que tienen el carácter de representantes:

> **"ARTICULO 32. REPRESENTANTES DEL EMPLEADOR.** <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente: Son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:
>
> a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador.
>
> b) Los intermediarios.";

Por tanto, lo que la Sala concluye del caudal probatorio conjunto, es que la expedición de la certificación por parte de Ingrid Johana Rivera Peña se hizo como consecuencia de las facultades de las que gozaba y en virtud de la ausencia de representante legal principal, por demás que, no se observa que se hubiera impetrado denuncia por la falsedad de tal documento, aunado a que las denuncias que fueron dirigidas contra tal representante y el actor no tuvieron nada que ver con la expedición de tal certificación; denuncias que, debe advertirse, además, no se observa que hubiesen tendido como desenlace condena alguna en contra de estos, así como tampoco que

estuvieran acreditados los hechos que alegaron las partes mediante tal mecanismo legal.

Del mismo modo, debe advertirse que la certificación emitida por la Universidad de la Salle en la que se establece que el actor estudió entre los años 2000 y 2004, en una jornada diurna, (ver documento de fl. 341) de modo alguno impide declarar la existencia del contrato ni los extremos hallados por el A Quo, y por el contrario nótese como los horarios académicos del demandante permitían que prestara sus servicios, pues se presentaron varios espacios que permiten establecer que podía existir una simultaneidad entre el trabajo y el estudio, más aún cuando el testigo Orlando García Gómez, quién no fue tachado de falso- informa que el actor trabajaba inclusive hasta las 10:00 P.M., y que, en todo caso, la jornada laboral no implica el cumplimiento riguroso de un horario de trabajo, pues el artículo 158 del C.S.T. establece que *"la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan a las partes, o a falta de convenio, la máxima legal"*, por lo que el demandante perfectamente podía tener una jornada que pudo pactar plenamente con su hermano hoy fallecido PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ. Igualmente, el testimonio de María Virginia Pinilla Corredor tampoco contradice lo expuesto hasta aquí, pues su declaración estuvo encaminada a establecer que el actor prestó sus servicios, pero no en los términos legales, es decir sin la existencia de un formal de un documento que estableciera que entre las partes existía un contrato de trabajo, inclusive hace alusión a que iba a la empresa entre 1998 y 2005, pero que no tenía un horario de trabajo ni labores específicas.

De igual manera, en relación con este punto, habrá de advertirse igualmente que el **demandante** en ningún momento aceptó en **interrogatorio de parte** que tal certificado fue solicitado para lograr un crédito bancario sino que, el valor que allí se consignara no fue a su juicio lo que realmente devengó, ya

que, manifestó que de 2006 a 2008 su salario se fue incrementando hasta el año 2013, por lo que, terminó devengando $4'000.000; y que si bien la certificación de folio 20 se dio porque necesitaba gestionar un crédito, comprar un apartamento, esta no tuvo como fin ayudarlo sino certificar que tenía una relación laboral y que se fijara el salario que realmente devengaba, pues de lo contrario podía quedar sometido a la negativa del mismo. En igual sentido, la testigo Ingrid Rivera Peña manifestó que realizó tal certificación con base en la documentación que obraba en la hoja de vida del actor.

Por otra parte, y frente a los **dichos de los testigos Ingrid Johana Rivera Peña y José Agustín Rivera Gómez**, quienes fueron tachados en primera instancia, se advierte que la Sala los valoró conforme a lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de S.S., esto es, bajo las reglas de la sana crítica y la libre formación del convencimiento, y con mayor rigurosidad por ser respectivamente sobrina y hermano del actor; no obstante, a juicio de la Sala los mismos ofrecen claridad y credibilidad en sus dichos, por lo que su declaración resultó coherente, hilvanada, precisa y ajena a contradicciones. La Sala no observa que se hubiera incurrido en las contradicciones que alegan los impugnantes, pues ninguno de ellos manifestó que **TECNMA LTDA**., haya estado ubicado en el barrio Ricaurte, por el contrario, quien manifestó que el actor laboró en tal lugar fue el señor Orlando García Gómez, y que lo hizo en local ajeno a TECNMA LTDA., pero bajo las órdenes de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, arribando al local que estaba ubicado en el carrera 30 con calle sexta de la ciudad de Bogotá, declaración que inclusive es conteste con lo manifestado por María Virginia Pinilla Corredor, quien hizo mención tal lugar como uno de los muchos domicilios que tuvo **TECNMA LTDA**.

Del mismo modo, no se encuentra contradicción de tales testigos en cuanto a los horarios del actor, pues además de informar que no recordaban exactamente en qué horario prestaba sus servicios, informaron que era aproximadamente a eso de las 2:00 P.M. o 3:00 P.M., no obstante, los testigos que mencionaron esto, José Agustin Rivera Gómez y Orlando García Gómez, no prestaban sus servicios para los años 2003 y 2004, señalando el primero, que lo hizo esporádicamente hasta 2011, y que siempre encontraba al actor. Asimismo, se hace necesario aclarar que si bien el primer testigo informó de horarios hasta las 2:00 P.M. no esclareció los tiempos, desconociendo la Sala, si antes de 2003, el actor estudió en tal horario, por lo que, en dicho sentido, el certificado de la Universidad de la Salle resulta insuficiente para determinar si tales testigos incurrieron en algún tipo de contradicción que ponga en duda su declaración.

Finalmente, habrá de advertirse que el **interrogatorio de parte de la representante legal de TECNMA LTDA. y demandada DIANA LUCILA RIVERA PADILLA**, es insuficiente para determinar que no existió un contrato de trabajo entre 1998 y 2005, pues la finalidad de tal medio probatorio es la confesión. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

> "Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia".

Por las anteriores razones, se confirmará la declaratoria de un contrato de trabajo en los extremos temporales aludidos por la Jueza de Primera Instancia, aclarando que sobre el **extremo final** no existió controversia y, que en todo caso, aparece acreditado con la carta de terminación, en la que se determina que es el 21 de junio de 2013.

SALARIO Y LIQUIDACIÓN DE LAS CONDENAS.

La pasiva señala que no es dable tener en cuenta como salario la suma de_de $4'000.000 establecida en la certificación del 20 de mayo de 2013, remuneración que sea de dicho de paso se fijó por parte de la A Quo únicamente para los meses de mayo y junio de 2013 ante la inexistencia de otras pruebas que soportaran tal remuneración.

En tal sentido, y por las mismas razones expuestas en el acápite anterior, la Sala considera que ante la veracidad de la cual está revestida la certificación de folio 20, es dable tener por concepto de salario la suma de $4'000.000, por el periodo expresamente estipulado por la A Quo, al no haberse contra probado dicho emolumento.

Así mismo, no desconoce la Sala que los aportes a seguridad social se pagaron sobre un valor inferior, empero, ante la insuficiencia probatoria para derruir la certificación de folio 20, la consecuencia no puede ser otra que el reajuste de los valores consignados, tal y como acertadamente lo señaló la A Quo; recuérdese que conforme criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la historia laboral únicamente sirve para determinar el pago de aportes al sistema de seguridad social, por lo que la misma, per se, no tiene el peso probatorio suficiente , para restarle valor probatorio al

certificado de folio 20. Al respecto, en sentencia SL4697-2021 dijo:

> "En efecto, de la historia laboral expedida por Colpensiones, que la censura aduce no fue analizada, no puede derivarse equívoco del sentenciador, no solamente porque dicha prueba no es apta en sede extraordinaria -debido a que el ISS no es parte del proceso- **sino también porque de tiempo atrás se ha establecido que aquella tan solo acredita los aportes del trabajador al sistema de seguridad social** y, por lo mismo, no demuestra la existencia de una relación laboral o la ausencia de esta en un determinado tiempo. Así mismo porque resulta por lo menos una confusión, asegurar que aquella documental demuestra la prestación de servicios por parte del actor a favor del consorcio prosperar, ya que figura que aquel le realizó aportes; pues con dicha tesis se desconoce que aquel corresponde al fondo de solidaridad pensional creado para subsidiar a una parte de la población imposibilitada de hacer los aportes pensionales".

Por otra parte, y en relación con la liquidación de las condenas, la Sala observa que se ordenó el pago de 14 días de salario de junio de 2013, se reliquidaron las cesantías e intereses a las cesantías por el periodo de mayo y junio de 2013, que se ordenó el pago de cesantías de 1998 a 2005 sobre el salario mínimo legal, vacaciones, y prima de servicios de 2013, lo que conforme a las siguientes operaciones de rigor arroja los siguientes valores:

- 14 días de salario de junio de 2013:
  ($4'000.000/30) x 14= **$1'866.666,67**

  El anterior valor es ligeramente superior al que impuso el A Quo, $1'866.662, por lo que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

- Cesantías de 1998 a 2005:
  1998= $203.825 x (30/360)= $16.985,42
  1999= $236.438 x (360/360) = $236.438
  2000= $260.100 x (360/360) = $260.100

2001 =$286.000 x (360/360) =$286.000
2002 =$309.000 x (360/360) =$309.000
2003 =$332.000 x (360/360) =$332.000
2004 =$358.000 x (360/360) =$358.000
2005 =$381.500 x (240/360) =$254.333,33
Total= $2'052.856,75

El anterior valor es ligeramente superior al que impuso el A Quo, $2'022.245, por lo que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

- Diferencia de cesantías de mayo y junio 2013:
Mayo y junio de 2013 (salario real) = $4'000.000 x (51/360) =$566.666,67
Mayo y junio de 2013 (salario pagado) = $2'000.000 x (51/360) = $283.333,33
Diferencia= $283.333,33

El anterior valor es igual al que impuso el A Quo, por lo que, se confirmará.

- Diferencia de intereses a las cesantías de mayo y junio 2013:
Cesantías reales de mayo y junio de 2013 = $566.666,67 x 12%= $68.000.
Cesantías pagadas de mayo y junio de 2013 = $283.333,33 x 12%= $34.000.
Diferencia= $34.000

El anterior valor es superior al que impuso el A Quo, $366, por lo que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

- Vacaciones de 2013.

Vacaciones= $4'000.000 x (171/720) = **$950.000**
El anterior valor es igual al que impuso el A Quo, por lo que, se confirmará.

- Prima de servicios de 2013.
Prima de servicios= $2'666.666,67 x (171/360) = **$1'266.666,67**

El anterior valor es ligeramente superior al que impuso el A Quo, $1'233.333, por lo que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

Así las cosas, se confirmará los valores tenidos en cuenta frente a la imposición de las anteriores condenas.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En el plenario, está acreditado el hecho el despido del actor conforme a la carta de terminación obrante a folio 11, en la que se informó que finalizaba el vínculo por cuanto el actor sustrajo carpetas cuyo contenido pertenecía a la base de datos, contratos y pólizas de los clientes; desconectó el servidor de las cámaras de seguridad con el propósito de sustraer las carpetas; y bloqueó los correos electrónicos de la empresa; por lo que se procederá a estudiar si el empleador acreditó las conductas endilgadas al demandante así como que estas sean constitutivas de una justa causa.

Revisado el material probatorio, para la Sala la decisión del A Quo frente al punto, resultó acertada, por cuanto no se avizora ninguna prueba que de cuenta que el accionante fue responsable de los anteriores hechos, por el contrario, se observa que las carpetas que se aduce fueron sustraídas, se entregaron el 14 de junio de 2013, entre otros, por DIANA LUCILA RIVERA PADILLA,

representante legal de la TECNMA LTDA. y una de las demandadas (fls.13 a 15). Aunado a ello, no sobra recordar que la existencia de una denuncia penal no configura justa causa; sobre el tópico la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1523-2020 señala:

> "Lo anterior para significar que la inmediatez se califica teniendo en cuenta el momento en que el empleador tuvo conocimiento de los hechos hasta que se produce el despido, sin que en modo alguno tenga incidencia para definirla, la fecha de formulación de una denuncia penal en contra de la trabajadora, efectuada con posterioridad al rompimiento del contrato, como lo persigue la parte recurrente. Dicho en otras palabras, la esencia fundamental de la inmediatez es que el nexo laboral se rompa de manera inmediata o dentro de un término razonable, desde que la empresa tuvo noticia de la falta, por lo que, para el presente caso, no la afecta en lo más mínimo que el empleador hubiera presentado una denuncia penal en su contra, de forma posterior a la culminación del nexo".

Del mismo modo, y en cuanto al valor de la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que se tiene por acreditado que el último salario fue la suma de $4'000.000, tenemos que se debe reconocer el siguiente valor conforme a las operaciones aritméticas de rigor:

- Indemnización por despido injusto

1° año= 30 días de salario= $4'000.000.

2° año al 14° año= 20 días de salario x 13= $2'666.666,67 x 13= $34'666.666,67

Fracción (0,56 años) = 20 días de salario x 0,56= $1'488.888,89

Total= $40'155.555,55

Valor ligeramente superior al que impuso la A quo, $40'154.656,60, por lo que, en virtud el principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS.

Conforme las voces del artículo 36 del C.S.T., según el cual son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre si en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, resulta claro que, en el caso bajo estudio los señores DIANA LUCILA RIVERA PADILLA y PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ - hoy fallecido - son los llamados a responder solidariamente y hasta el límite de responsabilidad de cada socio por las obligaciones que surgen del contrato de trabajo al ser los socios de la sociedad de personas demandada. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL10206-2016 reiterada en la SL3408-2021, señala:

> "Baste recordar lo explicado en la sentencia CSJ SL-831-2013, del 6 de nov. 2013, rad N° 39891, así:
>
> (...) "El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que sustentó su pretensión el demandante, tanto en la demanda primigenia como en la alzada, al referirse al tema de la responsabilidad solidaria, dispone:
>
> Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo **las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio**, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión".
>
> Por su parte, el artículo 252 del Código de Comercio prevé:
>
> "En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por obligaciones sociales. Estas solo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos (...)'.
>
> (...) En este orden de ideas, bien precisa reiterar la sentencia proferida por esta Corporación del 18 de noviembre de 1996, radicado 8991, en la que apoyara su decisión el ad quem, dado que el alcance que entonces se fijó al artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo reacionado con la responsabilidad de

aquellas sociedades diferentes a las de personas, es el actualmente imperante.

Dijo entonces la Corte:

"El accionista no compromete su responsabilidad en los mismos términos que la persona natural o que el socio de las sociedades de personas la tiene frente al ente social, en cuanto le corresponde pagar el precio de la acción, pero una vez efectuado, el carácter anónimo de su inversión lo desvincula de las obligaciones que asuma el ente social.

(...) El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales." (Negrillas y subrayado no son del original)".

Ahora bien, ante el fallecimiento de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, quien ostentaba la calidad de socio de TECNMA LTDA., los llamados a asumir los pasivos son, en primer lugar la sociedad limitada denominada TECNMA LTDA., y sus socios – en este caso DIANA LUCÍA RIVERA PINILLA y los herederos de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ, pero, solo en caso de que el activo de la sociedad resulte insuficiente para asumir los pasivos laborales.

En cuanto a los efectos de la muerte del empleador, sobre el contrato de trabajo, y la obligación de los herederos del socio de la sociedad de personas de asumir las cargas laborales insolutas de la sociedad empleadora Respecto de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 07 de marzo de 1996 rad. 7755 reiterada en la SL2346-2019 y SL1479-2020, tiene dicho:

"(...) sus herederos no pasan a ser sus representantes en los términos previstos en el artículo 32 del CST, sino que entran a ocupar su lugar en las diferentes relaciones jurídicas y en lo que al contrato de trabajo se refiere, suele darse la sustitución de

> empleadores en los términos previstos por el artículo 67 ibidem o, si es del caso, se produce la subrogación de la deuda laboral pendiente después de terminado el nexo laboral (...)"

Por tanto, la responsabilidad que asumen los hijos de PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ **en su calidad de herederos** es propia de una sustitución de empleadores, luego, no interesa si ya se logró el reconocimiento de bienes a través de una sucesión, pues basta que sean herederos, calidad que ninguno de los demandados alegó no tener, resaltándose que en el proceso no hay prueba alguna de aceptacion de herencia con beneficio de inventario.

Finalmente, frente al menor **JOSEPH RIVERA GAMBA** basta con enunciar que su responsabilidad está supeditada a su condición de socio e hijo del difunto **PEDRO JOSÉ RIVERA GÓMEZ**, siendo necesario resaltar que sus intereses estuvieron representados en este proceso y que en su defensa fue notificada su señora madre, **LILIA MARÍA GAMBA**.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de TECNMA LTDA, DIANA LUCILA Y HUGO CAMILO RIVERA PADILLA. No se imponen frente a los demás por estar representados por curador ad litem y/o estarse frente a un menor de edad.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO – Costas en esta instancia a cargo de TECNMA LTDA. FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS PARA SERVICIO AUTORMOTRIZ, DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, Y HUGO CAMILO RIVERA PINILLA.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J. CORREA STEER**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $400.000 a cargo de cada uno de los demandados, TECNMA LTDA. FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS PARA SERVICIO AUTOMOTRIZ, DIANA LUCILA RIVERA PINILLA, Y HUGO CAMILO RIVERA PINILLA.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

AUTO

Reconózcase personería jurídica a la doctora BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, identificada con C.C. No. 1.121.914.728 y T.P. No. 288.455 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ANA ZULINDA SÁNCHEZ BURGOS promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare ineficaz el traslado de efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Fue afiliada a la Caja de Previsión Nacional – Cajanal, a partir del 1° de julio de 1981; **2)** Se trasladó del RPM al RAIS, afiliándose a Porvenir S.A. el 19 de abril de 2004; **3)** Estuvo afiliada al ISS desde julio de 2006 a julio de 2007; **4)** Al momento de su traslado, Porvenir S.A. no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen; **5)** Solicitó a Porvenir S.A. le entregaran copia de los documentos que le dieron para tomar la decisión de traslado, pero no le fueron entregados; **6)** Solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, lo cual fue negado por dicha entidad; **7)** En el régimen de prima media su pensión sería de $1.684.642 y en el régimen de ahorro individual sería de $781.242; **7)** Actualmente se encuentra cotizando a Porvenir S.A.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

2.1. COLPENSIONES (fls. 234 a 244 y 115), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es al 1° de abril de 1994, la accionante contaba con 34 años pues nació el 12 de agosto de 1959, así como tampoco alcanzaba a completar las 750 semanas o 15 años de servicios para dicha data, por lo cual, no es beneficiaria del régimen de transición.

Con lo anterior, dice, la demandante no cumple con los requisitos para solicitar su traslado al RPMPD, ya que no cumple con los requisitos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y tampoco con los señalados en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, al no ser beneficiaria del régimen de transición.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP, de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

2.2. PORVENIR S.A. (fl. 273 a 344) se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de mérito denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y

con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Precisó que al momento en que la demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, esa AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, y que en este caso, no hay ninguna razón para considerar que la demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a la demandada por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones de acto jurídico que estaba llevando a cabo.

Adujo que la actora, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculado al RAIS.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Ana Zulinda Sánchez Bustos, a la AFP Porvenir S.A., suscrita el día 19 de abril del año 2004, y en consecuencia, declaró que, para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que ordenó a la AFP Porvenir S.A., que traslade todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, y

a Colpensiones, que reciba los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual y tenerlos como semanas debidamente cotizadas.

En síntesis, indicó que la H. Corte Suprema de Justicia se ha referido a términos como ineficacia, nulidad e invalidez del traslado; indica que, se habla de ineficacia del traslado cuando se ve inmersa la afectación de la voluntad del cotizante, no existe decisión informada por parte de la AFP e información suficiente para el afiliado y se ha hablado de nulidad del traslado cuando el afiliado, habiendo alcanzado el derecho a la pensión en el RPM y a pesar de informar a la entidad el contenido de su historia laboral, y él mismo admite la afiliación al enterarse de las reales consecuencias del traslado.

Señaló que, frente a la ineficacia del traslado la mencionada Corporación ha trazado una línea jurisprudencial en la que señaló, que la información debe comprender todas las etapas del proceso y que la AFPs deben proporcionar a los interesados información completa y comprensible a la medida y simetría de un administrador experto en materia de alta complejidad, además, que el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en el silencio que guarda el profesional que debe tener la iniciativa de proporcionar lo que resulta relevante para la toma de la decisión que se persigue, con lo que la diligencia debida produce el traslado de la carga de la prueba a la AFP y que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por el incumplimiento del deber de información.

Expuso que en sentencia del 8 de mayo de 2019, la Corte reiteró que el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97 numeral 1° prescribió que las entidades tienen la obligación de suministrar a sus afiliados la información de los servicios que prestan, la cual es necesaria para lograr una mayor transparencia .

Para el caso bajo estudio indicó, que obra a folio 307 el formulario de afiliación suscrito por la demandante con Porvenir S.A. el 19 de abril del 2004, sin que se evidencie que por parte de dicha AFP se le haya suministrado a la afiliada la información clara y precisa sobre las características, condiciones y consecuencias del cambio de régimen, pese a que la carga de la prueba correspondía a dicha administradora, sin que tampoco puede admitirse el argumento que hace referencia a que la

accionante firmó libre y voluntariamente el formulario, ya que la libertad presupone el conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión de información suficiente y no hay autodeterminación suficiente conforme lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia.

Con lo anterior, concluye, Porvenir S.A. incumplió su deber de información y que conforme las sentencias de la Corte Suprema de Justicia como las SL 12715 de 2014 y SL 8544 de 2016 la declaratoria de ineficacia es imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que, el traslado de la demandante goza de validez en la medida que ella aceptó que conocía las características del RAIS cuando afirma que sabía que su pensión podría llegar a entrar dentro de su masa sucesoral en caso de fallecimiento y en tal sentido es claro que esa AFP cumplió a cabalidad, para la fecha de la afiliación, con las obligaciones correspondientes al deber de información que le impone las normas vigentes, es decir el Decreto 663 de 1993.

Resaltó que la demandante es una persona con capacidades suficientes conforme el artículo 1503 del Código Civil y por lo tanto, su voluntad no se puede dar como viciada por el simple hecho de querer trasladarse en este momento al RPM, además, la demandante no tiene clara motivación respecto al traslado que aquí se pretende, pues no expresa que sufra algún tipo de perjuicio o vicio en el consentimiento.

Adujo que la demandante, como consumidora financiera tenía el deber de actuar con una mediana diligencia, la cual no llevó a cabo conforme lo expresó en su interrogatorio de parte y por el contrario a ella sí se le brindó la información necesaria para que tomara dicha decisión.

Solicita se revoque la condena frente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, en la medida que estos tienen una destinación específica por mandato legal, la cual ya fue cumplida por esa AFP y fue invertida según la ley, es decir, ya no se encuentran en cabeza de esa entidad dichas sumas y en cuanto a las primas de los seguros previsionales, estas sumas ya fueron trasladadas a la compañía aseguradora,

por lo que no es posible retrotraer el tiempo y en este momento exigirle a Porvenir S.A. que devuelva unas sumas que no se encuentran en su poder, pues ello resulta material y jurídicamente imposible.

COLPENSIONES

Expuso que, el fallo proferido afecta considerablemente el principio de capitalización del sistema, además que en este caso se presenta una multivinculación, tal como se evidencia con el material probatorio y por ello, la demandante está bajo la prohibición legal del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que Colpensiones efectuó las validaciones del caso, conforme los criterios del Decreto 3800 de 2003, compilado en el Decreto 1833 de 2016 en su artículo 2.2.4.2., norma que indica que está prohibida la múltiple vinculación, que el afiliado solo podrá trasladarse en los términos de la Ley 797 de 2003 y que cuando el afiliado cambie de régimen, no de administradora, antes de los términos previstos en la Ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación, siendo la vinculación válida la correspondiente al último traslado realizado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Con lo anterior, expuso, queda respaldada la vinculación al fondo privado surtida por la demandante, puesto que al 19 de abril de 2004, fecha del traslado, contaba con 44 años, es decir no estaba inmersa en la prohibición legal por lo que podía efectuar el traslado al RAIS, especialmente cuando la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha dicho que debe impedirse el traslado de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, cuya finalidad es la de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y así asegurar el pago de futuras pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

Resaltó que el fallo de primer grado afecta el principio de sostenibilidad financiera que se basa en los principios de equidad e igualdad de quienes realmente efectúan cotizaciones a Colpensiones, pues se declara una ineficacia cuando la demandante se encuentra bajo la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, además de que se verifica una multivinculación, la cual fue normalizada indicando que al régimen al cual se encuentra debidamente afiliada la demandante corresponde al RAIS y en tal sentido la sentencia afecta a Colpensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 2 de junio de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda, contestaciones y recursos interpuestos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y si la multi-vinculación resuelta a cargo del fondo privado da al traste con las pretensiones de la demanda .

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a

partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta

pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

> "El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

> 1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.
> Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
>
> Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.
>
> Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

> 2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado
> (...)
> Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

> (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
>
> Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.
>
> Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

> "En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
>
> ...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que

> (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
>
> Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

> Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:
>
> En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.
>
> En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

> Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

> "(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

f) Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> "Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno

> y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».
>
> "Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.
>
> "Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o**

tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por Cajanal el día 01/07/1981 (fl. 44); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 19/04/2004 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl. 74 y 307); **iii)** que el 01/07/2006 se trasladó al extinto ISS (hoy Colpensiones) y posteriormente retornó a Porvenir S.A. el 01/08/2007 (fl. 44 y 234); y **iv)** los días 16/10/2018 y 07/02/2019 (fl. 55 y 75) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las demandadas.

Pues bien, a folios 74 y 307, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19/04/2004 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales "*la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*"[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 19 de abril del 2004, debió cumplirse con el mentado deber, lo cual no fue demostrado en el presente asunto, por ello, el argumento de Porvenir S.A. no resulta avante, ya que, de haberse cumplido

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

dicha obligación, lo cierto es que ello no fue demostrado en este asunto.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado (ver frente al punto la SL 1688-2019)

> Es por ello que, acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, reiterándose que resulta inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración y seguros previsionales**, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

> "De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*
>
> *En las* ***restituciones mutuas*** *que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ellos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que **SE ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado en el sentido que omitió ordenar la devolución de cuotas o gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Porvenir S.A. referente a que la demandante es una consumidora financiera, quien también ostenta deberes como el de actuar con diligencia, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a lo argüido por Colpensiones en su recurso de apelación, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otro lado, al sustentar su recurso Porvenir S.A. adujo que la demandante afirmó conocer las características del RAIS, no obstante, al analizar dicho interrogatorio, la Sala no encuentra que de lo allí expuesto surta nítido el cumplimiento de las obligaciones de la AFP, pues en tal oportunidad la demandante dijo que la asesora de Porvenir S.A. le dijo que conocía de la crisis por la que estaba pasando la Institución de salud en la que laboraba en ese momento y que por eso era mejor que se trasladara a esa AFP, pues al momento de un despido la podrían pensionar, que Cajanal, entidad a la que se encontraba

cotizando, también se encontraba en proceso de liquidación y que nadie iba a responder por los aportes que tenía allí, que no sabe cómo funciona el RAIS, que del RPM entiende que es la base de cotización la que hace la pensión durante el tiempo laboral y que la mesada pensional es acorde con el salario que gana, dichos que no demuestran que la demandante conociera de las características propias del RAIS o del RPM y menos aún de dicha prueba se desprende confesión que pueda perjudicarla.

De otro lado, refiere la apoderada de Colpensiones al sustentar su recurso, que la demandante presenta una multivinculación, pues la afiliación hecha al otrora ISS no es válida en los términos de la Ley 797 de 2003, siendo válida la realizada el 19 de abril de 2004; conforme a ello.

Frente al punto, se tiene que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone:

> "**Artículo 13. Características del sistema general de pensiones.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:
>
> (...)
>
> e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)"

Al revisar la documental obrante a folio 49 se tiene que la accionante se vinculó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, a las siguientes entidades, por los periodos que se indican, así:

6. APORTES PARA PENSIONES correspondientes a las vinculaciones laborales detalladas en la sección anterior.
(Si falta espacio use hoja adicional firmada y con el mismo número consecutivo)

	30. PERIODOS DE APORTES							32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES		33. ENTIDAD QUE RESPONDIÓ POR EL PERIODO		
	DESDE			HASTA								
	Día	Mes	Año	Día	Mes	Año		Nombre	NIT o Código		NIT	
1	1	7	1981	23	7	1982	SI	CAJA NACIONAL DE PREVISIO	899999010	NACION	----------	NO
2	1	2	1985	30	4	2004	SI	CAJA NACIONAL DE PREVISIO	899999010	NACION	----------	NO
3	1	5	2004	31	5	2006	SI	PORVENIR	800144331-3	PRIVADO	800144331-3	
4	1	6	2006	31	7	2007	SI	SEGURO SOCIAL	800138188-1	NACION	----------	NO
5	1	8	2007			ACTIVA	SI	PORVENIR	800144331-3	PRIVADO	800144331-3	
6												
7												

Conforme a la norma arriba transcrita, la señora Ana Zulinda no podía trasladarse de régimen pensional sino cada 5 años, luego entonces, si se traslada al régimen de ahorro individual el 1 de mayo de 2004, el posterior traslado que efectuó al régimen de prima media administrado por el entonces I.S.S., en el año 2006, no sería válida, hecho que en todo caso fue ratificado por las dos entidades de seguridad social, en tanto que la multivinculación fue definida para la AFP del régimen de ahorro individual según el mismo documento de folio 49. En gracia de discusión, para las resultas de este proceso, se tiene que ello no varía en nada la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, pues lo que se busca es declarar tales efectos para el traslado inicial de régimen que lo fue al R.A.I.S., a través de Porvenir S.A. el día 19 de abril de 2004, siendo este el traslado que el *a quo* declaró ineficaz, por lo que la Sala no encuentra acierto en los argumentos de la alzada.

Al punto ha de precisarse que, la accionante se encontraba afiliada a Cajanal previo su traslado a Porvenir en el año 2004, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que establece:

> "**ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA**. En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.
>
> Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.
>
> Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o

> seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.
>
> Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.
>
> Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.
>
> Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por lo dispuesto en el artículo siguiente."

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media se hace efectivo a través de Colpensiones, ya que mediante Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal, la cual finalizó en julio de 2013 y en virtud de su artículo 4 se ordenó el traslado de sus afiliados al otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de

los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regimenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido por concepto de cuotas o gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) SHARON CATALINA CASAS BUCHAR, identificado (a) con C.C. No. 1.020.764.340 y T.P. No. 263.505 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de **COLPENSIONES,** contra la sentencia

proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JESÚS ORLANDO FIGUEROA DORADO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por vejez contemplada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, su correspondiente indexación y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la citada norma.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Cotizó al extinto ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; **2)** Acredita un total de 585.57 semanas cotizadas; **3)** Nació el 24 de diciembre de 1952 y cuenta con 67 años; **4)** Expresó que no podía seguir cotizando para pensión al régimen de prima media (RPM) administrado por Colpensiones por haber llegado a la edad y no acreditar la densidad mínima de semanas para acceder a la pensión de vejez; **5)** Elevó petición el 15 de mayo de 2017 a fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, correspondiendo el radicado No. 2017_4901600; **6)** Mediante Resolución SUB 165471 del 17 de agosto de 2017, Colpensiones negó la petición, argumentando que se encuentra gozando de una pensión de jubilación que es incompatible con la prestación solicitada; **7)** Interpuso recursos de reposición y en subsidio

apelación frente a la citada Resolución; **8)** Los recursos fueron desatados a través de la Resolución SUB 197240 del 15 de septiembre de 2017, confirmando su decisión inicial; **9)** Con lo anterior se agotó la vía gubernativa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 42 a), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Expuso que se efectuó un estudio de reconocimiento de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, donde se verificó la página web de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde se evidenció que el demandante se encuentra disfrutando de una pensión de jubilación, en estado activo, con estatus pensional para el día 25 de diciembre de 2007 con el Fondo Nacional del Magisterio.

Indicó que, como quiera que el derecho a la pensión de vejez reconocida al actor por el Magisterio se causó para el año 2007, la indemnización sustitutiva de vejez solicitada, es incompatible con dicha prestación, lo que implica que esa entidad deberá respetar los derechos de los afiliados al igual que las diferentes incompatibilidades.

Mencionó el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, cuya constitucionalidad fue estudiada en la sentencia C-262 de 2001, para decir que el demandante no allegó resolución de reconocimiento de pensión de jubilación por parte del Magisterio y por tal motivo no se puede determinar cuándo adquirió el estatus de pensionado, por lo que los aportes efectuados a Colpensiones deberán ser enviados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales están sujetos a su devolución, previa solicitud que haga el empleador ante Colpensiones, para que se financie el pago de la prestación que se reconoció, tal y como lo ordena la Ley 549 de 1999 y como se indicó en la Resolución SUB 165471 del 17 de agosto de 2017.

Concluyó diciendo que, teniendo en cuenta que el demandante se encuentra gozando de una pensión de jubilación, y que los aportes pensionales sirven de sustento para el financiamiento de las prestaciones que actualmente disfruta, jurídicamente no procede un reconocimiento simultáneo de otra prestación a cargo del tesoro público como es la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por cuanto es legalmente incompatible.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria,** en la que condenó a la Administradora Colombia de Pensiones –a reconocer a Jesús Orlando Figueroa Dorado la indemnización sustitutiva de vejez conforme lo dispone el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, tasando la condena por dicho concepto, en la suma de ($20.265.009,99) suma que deberá ser indexada desde el momento de la causación del derecho hasta el momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE.

Como fundamento de su decisión, en síntesis, refirió que, conforme los elementos de prueba allegados y la normatividad vigente, conforme lo establece el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez tiene derecho aquella persona que habiendo cumplido la edad de pensión no haya cotizado el mínimo de semanas exigidas y declara su imposibilidad para seguir cotizando.

Precisó que son tres los requisitos para acceder al reconocimiento de la indemnización reclamada: 1) haber cumplido la edad; 2) no haber cotizado el número de semanas; 3) declarar la incapacidad de seguir cotizando, elementos que, dijo, en el caso concreto se presentan, pues el demandante cumplió 62 años, sólo cotizó 585.57 semanas y manifestó la imposibilidad de seguir cotizando el mínimo de 1300 semanas, razones que resultarían suficientes para acceder al pago de la indemnización sustitutiva a que refiere el artículo 37 de la ley 100 de 1993.

Frente a la presunta incompatibilidad de las prestaciones, dado que el accionante recibe pensión de jubilación, decidió apartarse de los argumentos expuestos por Colpensiones que exponen la incompatibilidad de las mismas, por cuanto al demandante le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y por virtud de ello adquirir una pensión de jubilación oficial y al mismo tiempo prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez. Lo anterior, lo cual además apoyó en las sentencias SL 451 de 2013 Rad. 41001, SL del 20 de noviembre de 2007, radicado 20123 ratificada en sentencia SL del 25 de marzo de 2009 radicado 34014, reiterada en la sentencia SL-9769 de 2014.

Finalmente, precisó que la indemnización sustitutiva es imprescriptible dada su naturaleza, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos, tal y como sucede en este caso.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

COLPENSIONES

Expuso que en la sentencia SL-4399 de 2018, se indica: "es así como la devolución de saldos o indemnización sustitutiva por parte del sistema general de pensiones previstas en los artículos 53 del decreto 1295 de 1994 y 15 de la ley 777 de 2003, solo es

viable en los casos en que el afiliado no tenga ya causada pensión de jubilación o vejez en vida, puesto que en tal evento se habría configurado un derecho adquirido en el patrimonio del titular y en que en medida el sistema de seguridad social está llamado a salvaguardar de tal modo que causada la pensión, no podrá el sistema en su lugar los saldos existentes en la cuenta individual o indemnización sustitutiva, pues ello sería atentar contra el mandato constitucional previsto en el artículo 58, y la teoria de los derechos adquiridos".

Para el caso particular, indicó que el demandante se encuentra gozando de una pensión de jubilación y que los aportes pensionales sirven de sustento para la financiación de prestaciones que actualmente disfruta, por lo que jurídicamente no habria lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues jurídicamente son incompatibles.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas y agencias en derecho por cuanto esta representa un detrimento patrimonial para Colpensiones.

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego mediante auto del 18 de junio del mismo año, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

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

que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe en **primer lugar,** a determinar si la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es compatible con la pensión de jubilación que devenga el actor por parte del Magisterio y en **segundo lugar,** y de ser compatibles dichas prestaciones, si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la indemnización deprecada. En consulta se revisará en caso de ser ello viable si las condenas irrogadas por el A Quo se encuentran ajustadas a derecho.

DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA PENSIÓN DEL MAGISTERIO

La indemnización sustitutiva de la pensión por vejez, se encuentra consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en beneficio de quienes no hubieren cotizado el número mínimo de semanas para acceder a la prestación pensional y es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas cotizadas y el promedio ponderado de los porcentajes aplicados para la realización de los aportes.

En cuanto al régimen seguridad social de los docentes este nació con la expedición de la Ley 91 de 1989, la cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes vinculados a la fecha de la promulgación de dicha norma o lo que se vinculen con posterioridad.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993 –artículo 279- este se convirtió en uno de los regímenes

exceptuados y luego, el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 del 2005, ratificó que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y aquellos que se vinculen con posterioridad o a partir de su vigencia, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Respecto de la compatibilidad de prestaciones para docentes oficiales que se rigen por el mentado régimen exceptuado y las establecidas en el Sistema General de Seguridad Social, en múltiples sentencias, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que los docentes oficiales pueden laborar de manera simultánea para instituciones educativas particulares y cotizar a entidades del sistema establecido en la Ley 100 y con ello adquirir una pensión de vejez en el ISS hoy Colpensiones, como por ejemplo en las sentencias con radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, la SL 451 de 2013 y la SL 3684 del 2020.

En la SL 451 de 2013, dicha Corporación dijo:

> "En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.
>
> En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente

válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

> "A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regimenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes"; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.
>
> Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios

> "Salesiano San Medardo", desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y "La Presentación" desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión.
>
> (...)
>
> El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. (...)"

VI. DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son objeto de controversia y se encuentran probados en el proceso los hechos relativos a que el demandante nació el 24 de diciembre de 1952 (fl. 13); que cotizó al extinto ISS **585.57** semanas en el periodo comprendido del 26/11/1973 al 30/09/1997 (Archivo Exp Adm 877 - GRP-SCH-HL-66554443332211_1694-20200129101409.PDF); que mediante Resolución No. 692 del 1° de agosto de 2008 la Secretaría de Educación Municipal de Pasto le reconoció una pensión vitalicia de jubilación (fl. 20 a 22); y que Colpensiones mediante Resoluciones SUB 165471 del 17 de agosto de 2017, (fl. 23 a 29 y Archivo Exp Adm 877); Resolución SUB 197240 del 15 de septiembre de 2017 (fl. 29 a 34 y Archivo Exp Adm 877); y Resolución DIR 16969 del 02 de octubre de 2017 (Archivo Exp Adm 877) negó la prestación.

Pues bien. Lo primero que debe advertirse es que el señor Jesús Orlando Figueroa Dorado ostentó la calidad de Directivo Docente de vinculación Nacionalizado – Situado Fiscal y laboró en la Institución Educativa Municipal Ciudad de Pasto del municipio de Pasto – Nariño, tal y como da cuenta la Resolución 692 del 1° de agosto del 2008 (fl. 20-22), es decir ostentó el estatus de docente oficial vinculado desde el 01-03-1975 al 24-12-2007, a decir del mentado documento, esto es vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que su régimen pensional fue el establecido para el Magisterio, pudiendo también realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales, pues conservó la exención establecida para los docentes consagrada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que se mantuvo con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Así las cosas, si bien era docente oficial y prestaba sus servicios a un establecimiento educativo de naturaleza pública, ello no era óbice para que no pudiera laborar al servicio de instituciones educativas particulares, como en efecto ocurrió, pues al revisarse la historia laboral allegada por Colpensiones, se tiene que del periodo comprendido entre el 26/11/1973 al 30/09/1997, con las interrupciones indicadas en dicho documento, laboró para diferentes instituciones del sector privado, como lo son la Universidad Mariana, el Instituto Champagnat, entre otros (Archivo Exp Adm 877 - GRP-SCH-HL-66554443332211_1694-20200129101409.PDF)

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Int.	[8]Mora	[9]Total
901078001[illegible]	ALMACENES ANDREL LIM	26/11/1973	31/12/1973	$800	5,14	0,00	0,00	5,14
901[illegible]0164	UNIVERSIDAD MARIANA	02/03/1984	01/01/1985	$17.700	43,71	8,14	0,00	35,57
901[illegible]0043	COM S FRANCISCO JAVI	18/09/1984	01/07/1985	$17.700	41,00	0,00	15,14	25,86
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	01/09/1985	30/05/1986	$25.500	43,29	0,00	0,00	43,29
901[illegible]0164	UNIVERSIDAD MARIANA	27/09/1985	15/12/1985	$14.810	11,43	0,00	11,43	0,00
901[illegible]0164	UNIVERSIDAD MARIANA	01/01/1986	02/01/1986	$17.700	0,29	0,00	0,29	0,00
901[illegible]0164	UNIVERSIDAD MARIANA	10/02/1986	28/06/1986	$17.700	12,43	0,00	12,43	0,00
901[illegible]0164	UNIVERSIDAD MARIANA	01/07/1986	01/06/1988	$25.500	104,71	26,00	40,43	38,29
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	01/09/1986	01/07/1987	$41.840	43,43	0,00	16,00	27,43
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	01/09/1987	30/05/1988	$54.630	43,14	0,00	15,71	28,43
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	01/09/1988	01/07/1989	$61.950	43,43	0,00	0,00	43,43
901[illegible]0164	UNIVERSIDAD MARIANA	15/08/1989	01/04/1991	$64.600	85,00	21,56	26,71	36,43
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	04/09/1989	30/06/1990	$80.070	42,86	0,00	14,57	28,29
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	04/09/1990	01/07/1991	$123.210	43,00	0,00	14,57	28,43
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	03/09/1991	30/06/1992	$161.050	43,14	0,00	0,00	43,14
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	03/09/1992	30/06/1993	$197.910	43,00	0,00	0,00	43,00
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	01/09/1993	01/07/1994	$253.800	43,43	0,00	0,00	43,43
901[illegible]0045	INSTITUTO CHAMPAGNAT	01/09/1994	31/12/1994	$300.720	17,43	0,00	0,00	17,43
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/01/1995	31/01/1995	$391.000	2,14	0,00	0,00	2,14
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/02/1995	28/02/1995	$517.000	4,29	0,00	0,00	4,29
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/03/1995	30/06/1995	$517.000	17,14	0,00	0,00	17,14
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/09/1995	30/09/1995	$172.000	1,57	0,00	0,00	1,57
900[illegible]744	INSTITUTO CHAMPAGNAT	01/10/1995	31/12/1995	$478.000	12,86	0,00	0,00	12,86
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/01/1996	31/01/1996	$592.000	4,29	0,00	0,00	4,29
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/02/1996	31/06/1996	$599.000	30,00	0,00	0,00	30,00
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/09/1996	30/09/1996	$599.000	4,29	0,00	0,00	4,29
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/10/1996	31/12/1996	$599.000	12,86	0,00	0,00	12,86
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/01/1997	31/01/1997	$728.000	4,29	0,00	0,00	4,29
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/02/1997	28/02/1997	$728.000	4,29	0,00	0,00	4,29
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/03/1997	30/04/1997	$728.000	2,00	0,00	0,00	2,00
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/05/1997	31/05/1997	$791.000	0,00	0,00	0,00	0,00
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/06/1997	31/08/1997	$910.000	0,00	0,00	0,00	0,00
900[illegible]744	COMUNIDAD DE HERMANO	01/09/1997	30/09/1997	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
							TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	985,57
							[illegible]	0,00

Así las cosas, el señor Figueroa Dorado no solo se encontraba habilitado para realizar aportes al sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, sino que además ello se constituía en una obligación del empleador, quien, honrando las obligaciones que en tal calidad tenía efectuó cotizaciones al entonces Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente, pues inició sus labores como docente oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Al respecto, la sentencia SL 2649 de 2020, expuso:

> "(...) la Sala ha precisado que solo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o

> natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo (CSJ SL451-2013).
>
> En relación con el tercer punto planteado en el ataque, es preciso advertir que el art. 81 de la Ley 812/2003 mantuvo la exención establecida para los docentes en el art. 279 de la Ley 100/1993, únicamente respecto de los vinculados con posterioridad a dicho cambio legislativo, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27/06/2003 y, al mismo tiempo, para particulares, como es el caso de José Aldemar Giraldo Hoyos, que se vinculó por primera vez al ISS el 16/02/1971, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regimenes pensionales consagrados en la Ley 100/1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente."

De acuerdo con lo antes expuesto, el argumento del apelante es infundado porque la pensión de jubilación del docente vinculado al servicio oficial es compatible con las prestaciones propias del sistema general de seguridad social en pensiones dispuestas en la Ley 100 de 1993, dado no solo que el docente se encuentra habilitado – y su empleador obligado - para efectuar aportes a las entidades administradoras de dicho sistema pensional al haber laborado también para instituciones educativas de carácter privado, sino además que resulta claro que el carácter de dichos aportes NO tienen origen en un fondo de naturaleza pública pues provienen de empleador y trabajador de origen particular y por lo tanto no resulta acertado afirmar que las prestaciones que otorgan uno y otro sistema sean incompatibles.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar si el accionante cumple con los requisitos establecidos en la Ley para acceder a la indemnización sustitutiva deprecada.

Frente al particular, dicha prestación se encuentra consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, norma que a la letra dice:

> **"ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado."

De la norma en cita, se tiene que la persona que quiera acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debe acreditar: i) haber cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, ii) no haber cotizado el mínimo de semanas exigidas para dicha prestación, y iii) declarar su imposibilidad de seguir cotizando al sistema.

Dicho lo anterior, se reitera que el actor nació el 24 de diciembre de 1952 (fl. 13), por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2014; ahora bien, en cuanto al requisito de semanas cotizadas, conforme la historia laboral allegada por Colpensiones (Archivo Exp Adm 877 - GRP-SCH-HL-66554443332211_1694-20200129101409.PDF) se tiene que el demandante cotizó a Colpensiones **585.57** semanas, las que resultan insuficientes para acceder a la pensión de vejez; y en cuanto al último de los requisitos establecidos, esto es declarar la imposibilidad de continuar cotizando al sistema, se tiene que

el accionante hizo tal declaración, como se observa en el documento allegado en el archivo denominado GRP-FSI-AF-2017_4901600-20170515040656.pdf (Archivo Exp Adm 877).

De esta manera es claro que el señor Jesús Orlando Figueroa cumplió con los requisitos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, razón por la que debe ser CONFIRMADA la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, atendiendo el grado jurisdiccional de *consulta* que se surte en favor de Colpensiones, la Sala verificó el valor de la condena impuesta en primer grado, encontrando que conforme la liquidación efectuada por el Grupo Liquidador de esta Colegiatura (Ver anexo 1), para la fecha en que se profirió la sentencia de primer grado, el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez corresponde a la suma de **$20.889.480**, valor superior al calculado por el a quo en su sentencia; no obstante, en virtud del principio de la non reformatio in peius, al ser Colpensiones el único apelante, y que además dicha decisión se revisa en consulta en favor de la entidad, se **CONFIRMARÁ** el valor liquidado por el juez A Quo.

Finalmente, en lo que respecta a la inconformidad de Colpensiones en cuanto a la condena en costas, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, establece que "se condenará en costas a la parte vencida en el proceso", situación que aconteció con Colpensiones, razón por la cual, no resulta prospera su solicitud.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de fecha y origen conocidos, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J. CORREA STEER**

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. ALEJANDRA HENAO PALACIO
RADICADO: 110013105020201987701
DEMANDANTE : JESUS FIGUEROA
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2020, aplicando el 7,091% para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	***Colpensiones***	*x*
	Otros	

Promedio Salarial Anual							
Año 1973							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número dias***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
26/11/73	***30/11/73***	*5*	*660*	*22,00*	*$ 110,00*		
01/12/73	***31/12/73***	*31*	*660*	*21,29*	*$ 660,00*		
Total días		*36*			*$ 770,00*	*$ 21,39*	***$ 641,67***
Año 1984							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número dias***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
02/03/84	***31/03/84***	*30*	*11.850*	*395*	*$ 11.850,00*		
01/04/84	***30/04/84***	*30*	*11.850*	*395*	*$ 11.850,00*		
01/05/84	***31/05/84***	*31*	*11.850*	*382,258065*	*$ 11.850,00*		
01/06/84	***14/06/84***	*14*	*11.850*	*846,428571*	*$ 11.850,00*		
01/08/84	***21/08/84***	*21*	*11.850*	*564,285714*	*$ 11.850,00*		
01/09/84	***30/09/84***	*30*	*25.499*	*849,966667*	*$ 25.499,00*		
01/10/84	***31/10/84***	*31*	*35.580*	*1147,74194*	*$ 35.580,00*		
01/11/84	***30/11/84***	*30*	*47.940*	*1598*	*$ 47.940,00*		
01/12/84	***31/12/84***	*31*	*35.580*	*1147,74194*	*$ 35.580,00*		
Total días		*248*			*$ 203.849,00*	*$ 821,97*	***$ 24.659,15***
Año 1985							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número dias***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/85	***31/01/85***	*31*	*35.580,00*	*1147,74194*	*$ 35.580,00*		
01/02/85	***28/02/85***	*28*	*17.790,00*	*635,357143*	*$ 17.790,00*		
01/03/85	***31/03/85***	*31*	*17.790,00*	*573,870968*	*$ 17.790,00*		
01/04/85	***30/04/85***	*30*	*17.790,00*	*593*	*$ 17.790,00*		
01/05/85	***31/05/85***	*31*	*17.790,00*	*573,870968*	*$ 17.790,00*		
01/06/85	***30/06/85***	*30*	*17.790,00*	*593*	*$ 17.790,00*		
01/07/85	***31/07/85***	*1*	*17.790,00*	*17790*	*$ 17.790,00*		
01/09/85	***30/09/85***	*30*	*17.466,00*	*582,2*	*$ 17.466,00*		
01/10/85	***31/10/85***	*31*	*36.030,00*	*1162,25806*	*$ 36.030,00*		
01/11/85	***30/11/85***	*30*	*36.030,00*	*1201*	*$ 36.030,00*		
01/12/85	***31/12/85***	*31*	*28.725,00*	*926,612903*	*$ 28.725,00*		
Total días		*304*			*$ 260.571,00*	*$ 857,14*	***$ 25.714,24***
Año 1986							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número dias***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/86	***31/01/86***	*31*	*43.320,00*	*1397,41935*	*$ 43.320,00*		
01/02/86	***28/02/86***	*28*	*37.601,79*	*1342,92092*	*$ 37.601,79*		
01/03/86	***31/03/86***	*31*	*43.320,00*	*1397,41935*	*$ 43.320,00*		
01/04/86	***30/04/86***	*30*	*43.320,00*	*1444*	*$ 43.320,00*		
01/05/86	***31/05/86***	*31*	*43.320,00*	*1397,41935*	*$ 43.320,00*		
01/06/86	***30/06/86***	*30*	*40.355,00*	*1345,16667*	*$ 40.355,00*		
01/07/86	***31/07/86***	*1*	*17.790,00*	*17790*	*$ 17.790,00*		
01/08/86	***31/08/86***	*21*	*17.790,00*	*847,142857*	*$ 17.790,00*		
01/09/86	***30/09/86***	*30*	*39.210,00*	*1307*	*$ 39.210,00*		
01/10/86	***31/10/86***	*31*	*39.210,00*	*1264,83871*	*$ 39.210,00*		
01/11/86	***30/11/86***	*30*	*39.210,00*	*1307*	*$ 39.210,00*		
01/12/86	***31/12/86***	*31*	*33.873,00*	*1092,67742*	*$ 33.873,00*		
Total días		*325*			*$ 438.319,79*	*$ 1.348,68*	***$ 40.460,29***

Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/87	28/02/87	28	62.460	2230,71429	$ 62.460,00		
01/03/87	31/03/87	31	62.460	2014,83871	$ 62.460,00		
01/04/87	30/04/87	30	62.460	2082	$ 62.460,00		
01/05/87	31/05/87	31	62.460	2014,83871	$ 62.460,00		
01/06/87	30/06/87	30	62.460	2082	$ 62.460,00		
01/07/87	31/07/87	1	41.040	41040	$ 41.040,00		
01/08/87	31/08/87	14	21.420	1530	$ 21.420,00		
03/09/87	30/09/87	28	62.460	2230,71429	$ 62.460,00		
01/10/87	31/10/87	31	62.460	2014,83871	$ 62.460,00		
01/11/87	30/11/87	30	62.460	2082	$ 62.460,00		
01/12/87	31/12/87	31	61.032	1968,77419	$ 61.032,00		
Total días		285			$ 623.172	$ 2.186,57	**$ 65.597,05**
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	41.040	1323,87097	$ 41.040,00		
01/02/88	29/02/88	29	80.160	2764,13793	$ 80.160,00		
01/03/88	31/03/88	31	80.160	2585,80645	$ 80.160,00		
01/04/88	30/04/88	30	80.160	2672	$ 80.160,00		
01/05/88	31/05/88	31	80.160	2585,80645	$ 80.160,00		
01/06/88	30/06/88	30	72.501	2416,7	$ 72.501,00		
01/07/88	31/07/88	31	54.630	1762,25806	$ 54.630,00		
01/08/88	31/08/88	31	54.630	1762,25806	$ 54.630,00		
01/09/88	30/09/88	30	54.630	1821	$ 54.630,00		
01/10/88	31/10/88	31	54.630	1762,25806	$ 54.630,00		
01/11/88	30/11/88	30	54.630	1821	$ 54.630,00		
01/12/88	31/12/88	31	54.630	1762,25806	$ 54.630,00		
Total días		366			$ 761.961	$ 2.081,86	**$ 62.455,82**
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	61.950	1998,3871	$ 61.950,00		
01/02/89	28/02/89	28	61.950	2212,5	$ 61.950,00		
01/03/89	31/03/89	31	61.950	1998,3871	$ 61.950,00		
01/04/89	30/04/89	30	61.950	2065	$ 61.950,00		
01/05/89	31/05/89	31	61.950	1998,3871	$ 61.950,00		
01/06/89	30/06/89	30	61.950	2065	$ 61.950,00		
01/07/89	31/07/89	1	61.950	61950	$ 61.950,00		
15/08/89	31/08/89	17	39.310	2312,35294	$ 39.310,00		
04/09/89	30/09/89	27	109.570	4058,14815	$ 109.570,00		
01/10/89	31/10/89	31	109.570	3534,51613	$ 109.570,00		
01/11/89	30/11/89	30	109.570	3652,33333	$ 109.570,00		
01/12/89	31/12/89	31	88.605	2858,21505	$ 88.604,67		
Total días		318			$ 890.275	$ 2.799,61	**$ 83.988,18**
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	89.070	2873,22581	$ 89.070,00		
01/02/90	28/02/90	28	112.755	4026,96429	$ 112.755,00		
01/03/90	31/03/90	31	136.440	4401,29032	$ 136.440,00		
01/04/90	30/04/90	30	136.440	4548	$ 136.440,00		
01/05/90	31/05/90	31	136.440	4401,29032	$ 136.440,00		
01/06/90	30/06/90	30	122.229	4074,3	$ 122.229,00		
01/08/90	31/08/90	31	91.582	2954,25806	$ 91.582,00		
01/09/90	30/09/90	30	147.000	4900	$ 147.000,00		
01/10/90	31/10/90	31	147.000	4741,93548	$ 147.000,00		
01/11/90	30/11/90	30	147.000	4900	$ 147.000,00		
01/12/90	31/12/90	31	121.736	3926,96774	$ 121.736,00		
Total días		334			$ 1.387.692	$ 4.154,77	**$ 124.642,99**
Año 1991							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	123.210	3974,51613	$ 123.210,00		
01/02/91	28/02/91	28	123.210	4400,35714	$ 123.210,00		
01/03/91	31/03/91	31	123.210	3974,51613	$ 123.210,00		
01/04/91	30/04/91	30	123.210	4107	$ 123.210,00		
01/05/91	31/05/91	31	123.210	3974,51613	$ 123.210,00		
01/06/91	30/06/91	30	123.210	4107	$ 123.210,00		
01/07/91	31/07/91	1	123.210	123210	$ 123.210,00		
03/09/91	30/09/91	28	136.290	4867,5	$ 136.290,00		
01/10/91	31/10/91	31	136.290	4396,45161	$ 136.290,00		
01/11/91	30/11/91	30	136.290	4543	$ 136.290,00		
01/12/91	31/12/91	31	136.290	4396,45161	$ 136.290,00		
Total días		302			$ 1.407.630	$ 4.661,03	$ 139.830,79
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	136.290	4396,45161	$ 136.290,00		
01/02/92	29/02/92	29	136.290	4699,65517	$ 136.290,00		
01/03/92	31/03/92	31	136.290	4396,45161	$ 136.290,00		
01/04/92	30/04/92	30	181.050	6035	$ 181.050,00		
01/05/92	31/05/92	31	181.050	5840,32258	$ 181.050,00		
01/06/92	30/06/92	30	181.050	6035	$ 181.050,00		
03/09/92	30/09/92	28	165.180	5899,28571	$ 165.180,00		
01/10/92	31/10/92	31	165.180	5328,3871	$ 165.180,00		
01/11/92	30/11/92	30	165.180	5506	$ 165.180,00		
01/12/92	31/12/92	31	165.180	5328,3871	$ 165.180,00		
Total días		302			$ 1.612.740	$ 5.340,20	$ 160.205,96
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	197.910	6384,19355	$ 197.910,00		
01/02/93	28/02/93	28	197.910	7068,21429	$ 197.910,00		
01/03/93	31/03/93	31	197.910	6384,19355	$ 197.910,00		
01/04/93	30/04/93	30	197.910	6597	$ 197.910,00		
01/05/93	31/05/93	31	197.910	6384,19355	$ 197.910,00		
01/06/93	30/06/93	30	197.910	6597	$ 197.910,00		
01/09/93	30/09/93	30	215.790	7193	$ 215.790,00		
01/10/93	31/10/93	31	215.790	6960,96774	$ 215.790,00		
01/11/93	30/11/93	30	215.790	7193	$ 215.790,00		
01/12/93	31/12/93	31	215.790	6960,96774	$ 215.790,00		
Total días		303			$ 2.050.620	$ 6.767,72	$ 203.031,68
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	30	253.660	8.455,33	253.660,00		
01/02/94	28/02/94	30	253.660	8.455,33	253.660,00		
01/03/94	31/03/94	30	253.660	8.455,33	253.660,00		
01/04/94	30/04/94	30	253.660	8.455,33	253.660,00		
01/05/94	31/05/94	30	253.660	8.455,33	253.660,00		
01/06/94	30/06/94	30	253.660	8.455,33	253.660,00		
01/07/94	31/07/94	1	253.660	8.182,58	8.182,58		
01/09/94	30/09/94	30	390.728	13.024,27	390.728,00		
01/10/94	31/10/94	30	390.728	13.024,27	390.728,00		
01/11/94	30/11/94	30	390.728	13.024,27	390.728,00		
01/12/94	31/12/94	30	390.728	13.024,27	390.728,00		
Total días		301			$ 3.093.055	$ 10.275,93	$ 308.277,87
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	30/01/95	15	391.000	26.066,67	391.000,00		
01/02/95	28/02/95	30	617.000	20.566,67	617.000,00		
01/03/95	30/03/95	30	517.000	17.233,33	517.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	517.000	17.233,33	517.000,00		

01/05/95	30/05/95	30	517.000	17.233,33	517.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	517.000	17.233,33	517.000,00		
01/09/95	30/09/95	11	175.000	15.909,09	175.000,00		
01/10/95	30/10/95	30	478.000	15.933,33	478.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	478.000	15.933,33	478.000,00		
01/12/95	30/12/95	30	478.000	15.933,33	478.000,00		
Total días		266			$ 4.685.000	$ 17.612,78	**$ 528.383,46**

Año 1996

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
01/12/96	31/12/96	30	599.000	19.966,67	599.000,00		
Total días		300			$ 5.990.000	$ 19.966,67	**$ 599.000,00**

Año 1997

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	728.000	24.266,67	728.000,00		
01/02/97	28/02/97	30	728.000	24.266,67	728.000,00		
01/03/97	31/03/97	30	728.000	24.266,67	728.000,00		
01/04/97	30/04/97	30	728.000	24.266,67	728.000,00		
01/05/97	31/05/97	30	791.000	26.366,67	791.000,00		
01/06/97	30/06/97	30	810.000	27.000,00	810.000,00		
01/07/97	31/07/97	30	810.000	27.000,00	810.000,00		
01/08/97	31/08/97	30	810.000	27.000,00	810.000,00		
Total días		240			$ 6.133.000	$ 25.554,17	**$ 766.625,00**

Cálculo Toda La Vida Laboral

AÑO	N°. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1973	36	0,160	105,230	657,688	$ 641,67	$ 422.016,00	$ 506.419,00
1984	248	1,650	105,230	63,776	$ 24.659,15	$ 1.572.656,00	$ 13.000.623,00
1985	304	1,950	105,230	53,964	$ 25.714,24	$ 1.387.646,00	$ 14.061.479,00
1986	325	2,380	105,230	44,214	$ 40.460,29	$ 1.788.923,00	$ 19.379.999,00
1987	285	2,880	105,230	36,538	$ 65.597,05	$ 2.396.798,00	$ 22.769.581,00
1988	366	3,580	105,230	29,394	$ 62.455,82	$ 1.835.817,00	$ 22.396.967,00
1989	318	4,580	105,230	22,976	$ 83.988,18	$ 1.929.711,00	$ 20.454.937,00
1990	334	5,780	105,230	18,206	$ 124.642,99	$ 2.269.236,00	$ 25.264.161,00
1991	302	7,650	105,230	13,756	$ 139.830,79	$ 1.923.450,00	$ 19.362.730,00
1992	302	9,700	105,230	10,848	$ 160.205,96	$ 1.737.987,00	$ 17.495.736,00
1993	303	12,140	105,230	8,668	$ 203.031,68	$ 1.759.887,00	$ 17.774.859,00
1994	301	14,890	105,230	7,067	$ 308.277,87	$ 2.178.649,00	$ 21.859.112,00
1995	266	18,250	105,230	5,766	$ 528.383,46	$ 3.046.673,00	$ 27.013.834,00
1996	300	21,800	105,230	4,827	$ 599.000,00	$ 2.891.411,00	$ 28.914.110,00
1997	240	26,520	105,230	3,968	$ 766.625,00	$ 3.041.929,00	$ 24.335.432,00
Total días	**4230**	**Total devengado actualizado a**				**2020**	**$ 294.589.979**
Semanas Cotizadas S.C.	604,29	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					$ 487.501,15
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					7,091%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				**2020**	**$ 20.889.480,00**

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	$ 20.889.480
Total	**$ 20.889.480**

Fuente	*Tabla del IPC - DANE.,*
Observaciones	

Fecha liquidación viernes, 29 de octubre de 2021 *Recibe:* _____

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificado (a) con C.C. No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.992 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

TERCERO: Téngase como apoderado de Protección S.A. al doctor NELSON SEGURA VARGAS, identificado con C.C. No. 10.014.612 y T.P. No. 344.222 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 387 del 23 de junio de 2020.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta entidad, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de febrero de 2021 dentro

del proceso ordinario laboral que **JOSÉ FRANCISCO LEMUS FIGUEROA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare ineficaz el traslado de efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en pensiones a partir del 29 de mayo de 1981; **2)** Se trasladó del RPM al RAIS, afiliándose a Colmena S.A. (hoy Protección S.A.) el 02 de mayo de 1994; **3)** Colmena S.A. (hoy Protección), a través de su promotor solamente se limitó a llenar un formulario establecido para el efecto, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de los beneficios y prestaciones económicas que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado y las implicaciones sobre los derechos pensionales; **4)** Solicitó a Protección S.A. le entregaran copia de los documentos que le dieron para tomar la decisión de traslado, pero no le fueron entregados; **5)** Solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, lo cual fue negado por dicha entidad; **6)** Solicitó ante Protección S.A. la anulación de su afiliación a lo cual se le extendió respuesta negativa; **7)** En el régimen de prima

media su pensión sería de $2.839.036 y en el régimen de ahorro individual es de $996.199.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

2.1. PROTECCIÓN S.A., (fl. 266), se opuso a las pretensiones incoadas contra esta entidad, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y que brindó una asesoria completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Indicó que, tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de la afiliación, pues Protección S.A. jamás ha ejercido ni ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a esta AFP, y nunca ha atentado contra el derecho de la demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, indicó que el demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

2.2. COLPENSIONES (fls. 259), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Indicó que la accionante, para el 1° de abril de 1994 no contaba con la edad ni las semanas de cotización para ser beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual no es posible su regreso al RPM en cualquier tiempo, además, para la fecha en que solicitó a Colpensiones su traslado ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y al momento de la afiliación al RAIS el demandante se encontraba frente a una mera expectativa.

Expuso que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por lo anterior, expuso, no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el

consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La a quo dictó sentencia **condenatoria,** en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor José Francisco Lemus Figueroa al régimen de ahorro individual el 02 de mayo de 1994 por intermedio de la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, en consecuencia condenó a la Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante tales como: aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se le concede el término de un (1) mes. Finalmente condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral y decidió declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Protección.

En síntesis la A Quo indicó que ese despacho ha acogido la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia desde sentencias como la SL 31989 del 2008, SL 33083 del 2012 y SL 1450 y 1858 del 2019, entre otras, en el sentido que para tener el traslado de régimen pensional como precedido de la voluntad y el deseo del afiliado, se requiere que la AFP haya suministrado información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de este, así mismo el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, acerca de las ventajas y desventajas, características de cada uno de los regímenes, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, teniendo la AFP el deber de suministrar dicha información, deber que surge desde el año 1993 con la Ley 663 y también con la Ley 100, normas en las que se indica que las AFP tienen la obligación de actuar con transparencia en sus operaciones dando a los usuarios la

información necesaria para que cuenten con los elementos de juicio claros y objetivos para que escojan la mejor opción del mercado.

Para el caso concreto, dijo, no se demostró que al demandante la AFP Colmena – hoy Protección S.A., le hubiera brindado la información antes descrita, con el fin de que pudiera elegir la mejor opción que le conviniera y asumir las consecuencias a futuro, pues por parte de Protección se allega el formulario de afiliación, donde hay una leyenda preimpresa que hace constar que la elección de régimen es de manera libre y espontánea y en tal sentido las sentencias SL 19447 del 2017, 4964 de 2018 y 1452 de 2019, han expuesto que estos formatos contienen leyendas preimpresas que a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

Adujo que el hecho que el demandante no fuera beneficiario del régimen de transición no varia o altera que tuviera derecho a recibir la información en los términos expuestos, ya que no existe una justificación para determinar que esa información debió darse solo a las personas beneficiarias del régimen de transición y tuvieran derechos adquiridos, pues donde el legislador no distinguió no podría hacerlo el intérprete.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Precisó no encontrarse, en el caso bajo estudio frente a lo dispuesto en los artículos 1508 a 1510 del Código Civil y 1745 y siguientes de la misma codificación, pues de las pruebas allegadas al proceso se observa que el demandante firmó el formulario de afiliación con a la AFP Colmena de manera libre y voluntaria y de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal b).

Frente a la carga de la prueba, expuso, no se demostró la existencia o no de un vicio del consentimiento entendido como el deber de información, pues en un contrato de afiliación es el afiliado el que le debe al fondo la realización de los aportes y solo hasta que se pensione se invierten las partes, por lo que a la AFP no es a quien le compete la carga de la prueba, pues existe una "indebida y errónea" interpretación del artículo 1604 del Código Civil; así mismo, expuso, se torna imposible probar

hechos ocurridos para el año 1994, pues han transcurrido más de dos décadas y nadie está obligado a lo imposible.

En cuanto al deber de información, dijo, aunque el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia utiliza como norma el Decreto 663 de 1993, este deber solo se materializa a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos privados cuentan de manera exclusiva con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones e informado, por cuanto las leyes del año 1993 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer permanecer en el RAIS.

Adujo que no se trata de aplicar de forma directa e indiscriminada las decisiones de la Corte Suprema de Justicia para todos los casos, sino que por la falta de información se produce un efecto como lo es perder el régimen de transición o si bien se trata, como en el caso del demandante que busca ignorar las normas que regulan de forma clara las oportunidades en las cuales se debe surtir la movilidad entre regímenes porque no se encuentra conforme con su mesada pensional en el RAIS.

Indicó que no deben socavarse los principios sobre los que se erige el Sistema de Seguridad Social, como lo es la autonomía de voluntad del afiliado a la libre elección de régimen pensional, además, una persona que no ha estado afiliada por más de 23 años al RPM que pretende regresar ahora y que el régimen sea solidario pone en riesgo el sistema pensional y futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado al mismo.

Finalmente, de manera subsidiaria y de confirmarse la sentencia de primer grado, solicita se condicione la sentencia teniendo en cuenta que Colpensiones no podrá dar cumplimiento, previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro del demandante, además de manera indexada por todo el tiempo que permaneció vinculado a la AFP.

Así mismo, solicita no se condene en costas a Colpensiones, toda vez que no participó en el acto que se dio en ineficaz o nulo y es un tercero que se le da un daño injustificado por un contrato entre dos personas ajenas a Colpensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 2 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda

la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo si se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por

falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

> "El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomia personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Articulo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Articulo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

> 1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.
> Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U

> voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
>
> (...)".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

> "En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
>
> ...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
>
> Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al

afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

> Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoria el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:
>
> En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoria, de todas formas ya había perdido la transición.
>
> En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.
>
> Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoria, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoria. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

> "(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

f) Posteriormente en SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, lo siguiente:

> "Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».
>
> "Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la

> calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.
>
> "Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 29/05/1981 (fl 47); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 02/05/1994 a través de la A.F.P COLMENA S.A -hoy Protección S.A. (fl 53 y 266); **iii)** posteriormente, se trasladó de

manera horizontal el 07/12/1998 a la AFP DAVIVIR (fl. 105 cd fl 266) y **iv)** que los días 04 y 05 de julio de 2019 (fls. 79 y 82) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folios 53 y 104 (cd fl. 266) se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 02/05/1994 con la AFP Colmena S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales "*la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*"[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados están en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, sin que sea de recibo el argumento presentado por Colpensiones al momento de sustentar su apelación, pues si bien para la fecha en que el demandante se afilió a la AFP Colmena S.A. no era obligación dejar otro documento que probara la información dada al afiliado, no es menos cierto que el cumplimiento de dicha obligación pudo haberse demostrado con cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal y como lo afirmó Colpensiones al sustentar su recurso.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colmena S.A. – hoy Protección S.A., que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> "La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.
>
> Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
>
> Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.
>
> La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o

> sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.
>
> Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por Colpensiones al sustentar su recurso.

Ahora, teniendo en cuenta que el demandante efectuó un traslado entre AFP del RAIS, esto es de Colmena S.A. a Davivir, conviene resaltar que, tal y como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el traslado efectuado entre administradoras del RAIS, por el paso del tiempo, la permanencia en la AFP o el pago de los aportes.

De otro lado se tiene que, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido, acertada resulta, la decisión de primera instancia, al ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexadas.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el articulo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

"De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

*En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, ello debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación

En cuanto a lo argüido por la entidad apelante, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a la exoneración de costas pretendida por Colpensiones, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, pertinente resulta **REVOCAR** la misma, ya que esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso al afiliado como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Protección S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros

previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: **REVOCAR** la condena en costas impuesta a Colpensiones en primera instancia, por las razones arriba expuestas.

TERCERO: **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

AUTO

PRIMERO: Téngase a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

TERCERO: Reconózcase personería jurídica al doctor Jorge Andrés Narváez Ramírez, identificado con C.C. No. 1.020.819.595 y T.P. No. 345.374 del C.S. de la J., como apoderado sustituto de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada PROTECCIÓN S.A., y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LILIA SALGADO BURGOS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare ineficaz el traslado de efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Horizonte (hoy Porvenir S.A.), así como el efectuado posteriormente a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A., devolver a Colpensiones todos los aportes cotizados al RAIS, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y todos

los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que Colpensiones acepte dicho traslado con sus aportes y a activar su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Inició sus cotizaciones en el RPM en la Caja Departamental de Previsión Social del Departamento del Huila el 1° de febrero de 1978; **2)** Aportó para el RPM administrado por el ISS un total de 870.57 semanas; **3)** Se encontraba afiliada y como cotizante al RPM a la Caja de Previsión Social, hoy sustituida por el FOPEP, al 1° de abril de 1994; **4)** El día 24 de agosto de 1998 suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., sin haber sido informada en debida forma de las implicaciones que ello conllevaba; **5)** En febrero del 2004, aceptó el traslado a la A.F.P, PROTECCION , sin asesoría suficiente; **6)** Actualmente cuenta con 1.852 semanas de cotización; **7)** presentó derecho de petición ante Protección S.A. y Colpensiones para solicitar traslado, sin respuesta positiva por ninguna de las accionadas.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 158 a 172), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Indicó que, del análisis del escrito de la demanda, se colige que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para cambiarse de régimen y que la elección de régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que la demandante debe probar en el desarrollo del proceso la omisión de la información en la que basa la demanda, así como la existencia de vicios del consentimiento y concluyó diciendo que al 10 de diciembre de 2019, fecha de admisión de la presente demanda, la actora contaba con 59 años, lo que deviene en la imposibilidad de trasladarse de régimen.

PORVENIR S.A. (fls. 173 a 236), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Adujo que la actora, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar

de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculada al RAIS.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 237 a 380), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Resaltó que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues

esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Finalmente, indicó que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La a quo dictó sentencia condenatoria , declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; a su vez le ordenó a COLPENSIONES que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

En síntesis, la *a quo* indicó que, conforme la sentencia SL 12136 de 2014 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en este tipo de casos lo que debe analizarse es su el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz.

Así las cosas, dijo, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe analizarse si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaban el cambio de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, es

decir, se debe acreditar que la administradora garantizó una decisión informada.

Expuso que al momento de la afiliación inicial de la demandante en el año de 1998 no existía la obligación de realizar ni una proyección de la mesada, ni tampoco una doble asesoría, pero sí era necesario informarle a la actora acerca de las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, así como las formas de acceso del beneficio pensional, como se liquidaría, todas las circunstancias que rodean los regímenes y las diferentes entre ellos.

Para el caso concreto, expuso, se aportó copia del formulario de afiliación, el cual da cuenta que el demandante efectivamente se afilió a Porvenir S.A. en el año de 1998, trasladándose del ISS, sin que se vislumbre la información brindada a la demandante al momento de la suscripción del documento, es decir, solamente se establece un consentimiento sin que se desprenda que el mismo fue debidamente informado.

Mencionó que la demandante se trasladó de Porvenir S.A. a Protección S.A. y que a folio 297 obra una reasesoría pensional, y para esa fecha tenía la oportunidad de retornar al RPM, pero en esa asesoría la AFP le indicó que le convenía más quedarse en ese fondo y por ello la demandante tomó la decisión de continuar en esa entidad, sin embargo, en dicho momento tampoco se le explicó la forma en la que se liquidaría su mesada pensional, los factores o circunstancias que se tendrían en cuenta para el reconocimiento de su mesada, con lo que tampoco se demuestra que se le haya brindado una información clara, suficiente, oportuna y veraz respecto de las características propias del RAIS y la diferencia con el RPM.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Precisó que, la comisión de administración cubre la prima del seguro previsional y que los mismos son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, que autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados, descuento que se utiliza para cubrir los gastos de administración y pagar las primas del seguro previsional, operando en ambos regímenes.

Dijo que obra certificado de los rendimientos de la cuenta de ahorro de la demandante, donde se demuestra que estos obtuvieron una ganancia y fueron debidamente administrados por esta AFP, por lo que con la codena impartida en la sentencia de primera instancia se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, al recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez, máxime cuando ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta, fruto de la buena gestión y administración de Protección S.A., por lo que esta AFP tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor.

Expuso que el artículo 1746 del Código Civil dispone cuales son los efectos de la declaratoria de nulidad, la cual, declarada en sentencia, da a las partes derecho para que las cosas se restituyan al mismo estado en el que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, en tal sentido, Protección no debió administrar los recursos de la demandante, por ende, los rendimientos nunca se causaron y no existió cobro de una comisión de administración.

Adujo que el Decreto 2525 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera, entidad que mediante concepto del 17 de enero del 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación, debe darse

aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen debe devolverse el dinero de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes realizados y la gestión de administración desarrollada por la AFP que genera los rendimientos.

Resaltó que frente a los gastos de administración opera la prescripción, pues son conceptos que se van descontando en la periodicidad de la ley y que no financian la pensión, por ende, son conceptos prescriptibles.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la

ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada si es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia

y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

> "El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

> 1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.
> Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al

> régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.
>
> Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

> "En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
>
> ...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
>
> Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una

> práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

> Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:
>
> En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoria, de todas formas ya había perdido la transición.
>
> En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.
>
> Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

> "(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 28/08/1979 (fl 113 y 172); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 24/08/1998 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 226); **iii)** que efectuó traslado entre administradoras del RAIS

así: el 11/12/2003 a PROTECCIÓN S.A. (fl. 295), el 28/02/2008 a SANTANDER (fl. 296), actualmente Protección S.A.; y **iv)** los días 22/08/2018, 15/07/2019 y 21/08/2018 (fl. 77, 88 y 97) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 226 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 24/08/1998 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Ahora bien, ha de resaltarse que la citada sentencia SL 1688 de 2019 Rad. 68838, trajo a colación el tema de las re-asesorías realizadas a los afiliados, situación que se presenta en este caso, pues el 26 de enero del 2006 Protección S.A. efectuó a la demandante una reasesoría (fls. 297 a 300), sin embargo la misma, conforme la jurisprudencia en cita, no puede subsanar el incumplimiento de la obligación de información ya que esta

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

se juzga al momento del traslado inicial, esto es, con Porvenir S.A. el 24 de agosto de 1998, y no con posterioridad.

Tampoco se desprende el deber cumplido de la accionada ni con los documentos arrimados al plenario, ni con el interrogatorio de parte rendido por la demandante, pues de ninguna de las respuestas dadas en la diligencia se puede verificar confesión alguna en su contra, por cuanto sus dichos no demuestran que la demandante hubiese recibido información clara concreta y suficiente de las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia.

i) Así las cosas, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A., AFP a través de la cual la demandante realizó el traslado de régimen, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> "La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.
>
> Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
>
> Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.
>
> La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.
>
> Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos,

siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien. Frente a los puntos concretos de apelación de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. que advierten la inconformidad con el fallo de primera instancia por cuanto ordenó además la devolución de cuotas o gastos de administración, debe decirse que la Sala comparte la decisión, que además se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

"De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

> [...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en*

todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

AUTO

PRIMERO: Téngase a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021, y reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de **COLPENSIONES,** contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que

LUZ MARY OVALLE DE SUÁREZ promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, a partir del 26 de noviembre de 2001, junto con el retroactivo debidamente indexado y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De manera subsidiaria depreca el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez liquidada con la totalidad de semanas cotizadas a las diferentes entidades.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Nació el 26 de noviembre de 1946; **2)** Del 1° de noviembre de 1973 al 31 de marzo de 1974, realizó aportes en pensión al ISS, aportando 21.57 semanas; **3)** Prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca del 20 de junio de 1978 al 8 de octubre de 1981, periodo durante el cual realizó aportes al Fondo Prestacional de Cundinamarca – Fonprecund; **4)** Del 9 de octubre de 1981 al 30 de junio de 1992 realizó aportes a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca - Caprecundi; **5)** Durante el tiempo que se encontró vinculada al Departamento de Cundinamarca, realizó aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión por 14 años y 11 días, esto es más de 714 semanas; **6)** Acumula más de 743 semanas cotizadas; **7)** A la fecha de entrada

en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 48 años, por lo que la cobijaba el régimen de transición; **8)** La Secretaria de Hacienda del Departamento de Cundinamarca – Dirección de Pensiones, asumió la atención y seguimiento de la obligación de pensiones a cargo del Departamento de conformidad con el Decreto 00181 del 30 de agosto de 2005; **9)** Mediante escrito presentado el 25 de junio de 2007 a la mencionada Dirección, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez o en su defecto la devolución de sus aportes; **10)** El 28 de diciembre de 2007, dicha entidad expidió la Resolución 1843 por la cual negó el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez; **11)** El 28 de agosto de 2008, presentó derecho de petición ante la Secretaria de Hacienda, solicitando realizar un estudio para el reconocimiento de la pensión de vejez por cuanto no se tuvo en cuenta el Decreto 758 de 1990; **12)** Es beneficiaria del régimen de transición como consta en la Resolución 0096 del 23 de febrero de 2009; **13)** Mediante la mencionada Resolución la Secretaria de Hacienda resolvió negar el reconocimiento de la pensión de vejez; **14)** El 9 de marzo de 2018 radicó acción de tutela contra la Dirección de Pensiones de la Secretaria de Hacienda, para el reconocimiento de la pensión de vejez y/o indemnización sustitutiva; el Juzgado 5 Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 6 de abril de 2018 concedió el amparo reclamado y ordenó remitir la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez a Colpensiones y ordenó a esta última a estudiar la procedencia o no de la prestación o la devolución de aportes; **15)** El 30 de abril de 2018 Colpensiones emitió resolución SUB 117636 por la cual negó el reconocimiento de la pensión de vejez, aduciendo que las semanas cotizadas lo deben ser exclusivamente al ISS hoy Colpensiones; **16)** Se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de $80.990; **17)** El 21 de mayo presentó los recursos de reposición y en subsidio apelación, que fueron resueltos negativamente mediante Resoluciones SUB 152901 del 13 de junio de 2018 y DIR 13434 del 24 de julio del mismo año, **18)** Ante la negativa de Colpensiones interpuso acción de tutela, la cual conoció el

Juzgado 55 Administrativo de Bogotá, quien profirió fallo desfavorable el 14 de febrero de 2019 pero revocado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien mediante fallo del 11 de abril de 2019, ordenó a Colpensiones reconocerle de manera transitoria la pensión de vejez; **19)** Padece de hipertensión arterial, fractura en muñeca derecha y debe ser intervenida quirúrgicamente para un reemplazo total de rodilla izquierda; y **20)** Mediante Resolución SUB 157990 del 19 de junio de 2019 Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 197 a 206), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido frente a la pretensión principal y subsidiaria, improcedencia de intereses moratorios, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

Expuso que la demandante no reúne los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para ser beneficiaria de la prestación solicitada, teniendo en cuenta que sólo acreditó 21.57 semanas exclusivas al ISS, resaltando que Colpensiones ya reconoció pensión a la demandante y la misma se ha venido cancelando oportunamente, lo cual se hizo en estricto cumplimiento a lo ordenado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 11001334205522019000220l.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 05 de

octubre de 2020, en la que dictó sentencia **condenatoria,** en la que declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por estar cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, razón por la que condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cuantía mensual de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2001, equivalente a $286.000 pesos, más los reajustes de orden legal, prestación causada a partir del 26 de noviembre de 2001, por 14 mesadas anuales. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas desde el 26 de noviembre del 2001 **hasta el 13 de abril del 2015** y condenó a Colpensiones al pago a la demandante, por concepto de retroactivo pensional causado entre 13 de abril del 2015 al 30 de junio del 2020, incluida la mesada 14 del año 2020, a la suma de **$44.396.747** teniendo que en adelante seguir reconociendo la mesada 14 y autorizando a la demandada para efectuar los descuentos al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, condenó a la pasiva a reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 que se causaran sobre cada una de las mesadas causadas desde el 13 de octubre del 2018 y hasta cuando se pague el retroactivo aquí ordenado.

En síntesis, refirió que, la actora nació el 26 de noviembre de 1946 conforme el documento de identidad allegado, que consecuentemente al 1° de abril de 1994 tenía 48 años, que cumplió 55 años el 26 de noviembre de 2001 y sumando los tiempos por ella cotizados, tanto públicos como privados, se encuentran **723 semanas**, de las cuales exclusivamente cotizó al ISS **21 semanas**.

Aclaró que la norma de transición que permite acumular tiempos públicos y privados es el artículo 7 de la Ley 71 de 1988,

que exige para su reconocimiento 20 años de servicios, los cuales no son cumplidos por la actora pues solo cotizó 723 semanas y para lo no cobijados por el régimen de transición, ante la necesidad de acumulación de tiempos en entidades públicas, se profirió el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma que contempla la necesidad de acumulación de tiempos de cotización en Cajas de Compensación o los que estén en cabeza del empleador.

Dijo que, frente a la aplicación de las sentencias de unificación, la tesis que venía manejando la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como por ejemplo la SL 317 de 2019, es que la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no permite acumular el tiempo público y el cotizado en Cajas especiales o tiempo no cotizado al ISS para efectos de reconocer las prestaciones allí establecidas, lo que también se expuso en la sentencia con radicado 45125 del 4 de diciembre de 2013.

Que, no obstante desde la sentencia SL 1981 del 1° de julio del 2020 Rad. 84243, la Corte decidió abandonar el criterio antes referido para señalar que sí es factible la acumulación de tiempos públicos con aquellos cotizados al ISS, por lo que aplica el precedente vertical y que con base en ello dará aplicación al Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 12, encontrando que la demandante cumplió 55 años el 26 de noviembre de 2001, fecha en la que adquiere el estatus de pensionada y acreditó que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad cotizó 544 semanas, conservando el derecho al régimen de transición.

En cuanto a la prescripción, indicó que se radicó solicitud de pensión de vejez el 25 de junio del 2007 ante la Dirección de Pensiones de Cundinamarca conforme a la Resolución 1843 del 28 de diciembre del 2007, pero el cuaderno administrativo fue remitido a Colpensiones el 13 de abril del 2018 conforme a la Resolución expedida por Colpensiones negando la solicitud lo que se hizo mediante Resoución SUB117636 del 30 de abril del

2018, adicionalmente, la Resolución que reconoció la pensión fue la SUB 157990 del 19 junio del 2019 y la demanda se presentó el 3 de julio de 2019.

Por lo anterior, se superaron los términos que consagran los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, pues Colpensiones tuvo conocimiento del reclamo de la actora el 13 de abril del 2018 y por ello sólo se reconoceran las mesadas causadas a partir del 13 de abril del 2015.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

COLPENSIONES

Expuso que la Resolución SUB 157990 del 19 de junio del 2019 se encuentra ajustada a derecho y conforme a la Ley, la cual se emitió conforme al fallo proferido por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y frente a las peticiones incoadas en esta demanda, por lo que existe una decisión sobre el presente caso, la cual fue acatada por Colpensiones, reconociendo el derecho pensional a la demandante con base en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aun sin que la demanda cumpliera con los requisitos exigidos por esa normatividad al no contar con un mínimo de 500 semanas cotizadas exclusivamente al ISS.

Adujo que en la decisión de primer grado se hace alusión a una jurisprudencia proferida con posterioridad a la reclamación hecha por la demandante frente a su derecho pensional, jurisprudencia acogida por el Juez de primera instancia y en la cual se considera que se pueden acumular los tiempos que tiene la demandante y por ello resulta beneficiaria del régimen de transición, reconociéndole unos retroactivos e intereses moratorios que Colpensiones no reconoció teniendo en cuenta que el derecho pensional lo hizo con base en la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por ello debería

exonerarse a Colpensiones, pues en su momento cumplió lo que el mentado Tribunal ordenó.

Indicó que se impone una carga procesal atendiendo una nueva jurisprudencia, la cual obliga a esta entidad a hacer el reconocimiento pensional, pero esta no se encontraba vigente al momento en que la accionante hizo su reclamación ante Colpensiones.

Finalmente, frente al tema de costas y agencias en derecho, solicita se exonere a la entidad de las mismas, pues en el presente caso se realizó una sola audiencia, la cual fue concentrada, profiriéndose unas costas superiores a $3.000.000, suma que es "exorbitante".

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las mismas para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable reconocer la pensión de

vejez a la actora de conformidad con las directrices del Acuerdo 049 de 1990 computando para ello los tiempos de servicio en entidades diferentes al otrora Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, con aquellos que fueron aportados a dicha entidad.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quiénes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.

Dicha norma, a la letra dice:

> "**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.
>
> La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior *al cual se encuentren afiliados*. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados "al entrar en vigencia el sistema", es decir, por regla general el 01 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigor del sistema pensional es la que haya determinado el

respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido, en la decisión CSJ **SL032-2018**, reiterada en la CSJ **SL1652-2018**, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema adoctrinó lo siguiente:

> "No incurrió el sentenciador de segundo grado en error jurídico frente a las normas denunciadas, al no haber sumado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, las semanas cotizadas al ISS con tiempos servidos al sector público, toda vez que el fallador simplemente se limitó a acoger la jurisprudencia sostenida actualmente por esta Corporación, según la cual no resulta procedente la contabilización entre aquéllas y éstos, por cuanto dicha normatividad no contempla tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral."

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer

la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

> "De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.
>
> En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el

parágrafo 1.° del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...]

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...]

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*." (Subrayado fuera del texto).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

i) La demandante Luz Mary Ovalle de Suárez nació el 26 de noviembre de 1946 (fl. 2);

ii) Cotizó al extinto ISS 21.57 semanas en el período comprendido del 01/11/1973 al 31/03/1974 (fl. 3 y 206);

iii) Laboró para la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca del 20/06/1978 al 30/06/1992, tiempo durante el cual cotizó a las siguientes entidades: a) Fondo Prestacional de Cundinamarca – Fonprecund, del 20/06/1978 al 08/10/1981, y b) Caja de Previsión Social de Cundinamarca – Caprecundi, del 09/10/1981 al 30/06/1992, esto es 14 años y 11 días (fl. 5);

iv) Presentó solicitud de pensión de vejez por primera vez el día 25 de junio de 2007, conforme lo indicado en la Resolución 1843 del 28 de diciembre de 2007, expedida por la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca fl 6 a 11)

v) Mediante Resoluciones 1843 del 28/12/2007 y 0096 del 23/02/2009, la Directora de Pensiones de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca negó la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez elevada por la accionante (fls. 6 a 14);

vi) La demandante presentó acción de tutela por primera vez en marzo del año 2018, según se desprende de la fecha de la sentencia de primera instancia proferida el día 6 de abril de 2018 por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá dentro de la acción de tutela No. 18-00279, en la que se ordenó a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca – Dirección de Pensiones, remitir la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez de la señora

Ovalle de Suárez al ISS hoy Colpensiones y a esta a resolver la procedencia o no de dicha prestación (fl. 15 a 23);

vii) Con Resolución SUB 117636 del **30 de abril de 2018**, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez a la hoy demandante y reconoció y ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por valor de $80.990 (fl. 24 a 26);

viii) Mediante Resoluciones SUB 152901 y DIR 13434 del 13 de junio y 24 de julio del 2018, respectivamente, se resolvieron los recursos de reposición y en subsidio apelación presentados en contra de la Resolución SUB 117636, los que confirmaron lo decidido en dicho acto administrativo (fl. 27 a 33);

ix) Mediante fallo proferido el 11 de abril de 2019 en segunda instancia dentro de la acción de tutela No. 11001-33-42-055-2019-00022-01 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, REVOCÓ la sentencia del 14 de febrero del 2019 proferida por el Juzgado 55 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y en su lugar, concedió el amparo de los derechos deprecados por la demandante, en consecuencia, ordenó a Colpensiones profiriera acto administrativo de reconocimiento pensional a favor de la citada ciudadana, orden condicionada a que la accionante tramitara, dentro de los 4 meses siguientes a dicha decisión, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa (fls. 34 a 59);

x) A través de Resolución SUB 157990 del 19 de junio de 2019, Colpensiones da cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección A y reconoce y paga a la demandante una pensión mensual

de vejez de manera transitoria **a partir del 1° de julio de 2019** por valor de $828.116 (fl. 173 a 178)

xi) La demandante presentó la demanda de la referencia el día 03 de julio de 2019 (fl. 193)

De conformidad con lo anterior, lo primero quedebe advertirse es que la accionante resulta ser beneficiaria del régimen de transición, ya que para el 1° de abril de 1994 tenía 47 años 4 meses y 4 días, pues nació el 26 de noviembre de 1946 (fl. 2), cumpliendo con el requisito de edad para tenerse como beneficiaria del régimen de transición.

Así las cosas, la Sala se remite al artículo 12 del Acuerdo 019 de 1990, según el cual, para acceder a la pensión de vejez, la afiliada mujer debía acreditar: i) cincuenta y cinco (55) o más años y ii) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Dicho lo anterior, se reitera que la actora nació el 26 de noviembre de 1946, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2001; ahora bien, en cuanto al requisito de semanas cotizadas, atendiendo lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias arriba citadas, esto es la SL1947-2020 rad. 70918, reiterada en la CJ SL1981-2020, al ser posible la acumulación de semanas cotizadas y tiempos de servicio públicos, resulta viable computar las semanas que la demandante cotizó al extinto ISS y las que aportó cuando laboró al servicio del Departamento de Cundinamarca.

Así las cosas, se tiene que la demandante:

i) **Cotizó 21.57 semanas** al Instituto de Seguros Sociales del 01/11/1973 al 31/03/1974 (fl. 3 y 206),

ii) **Cotizó** al Fondo Prestacional de Cundinamarca – Fonprecund, del **20/06/1978 al 08/10/1981** y con la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – Caprecundi del **09/10/1981 al 30/06/1992**, equivalente a **730.03 semanas cotizadas**.

iii) Conforme lo anterior durante toda su vida laboral cotizó un total de **751,6 semanas**.

Entonces, se tiene que la accionante no acreditó haber sufragado 1.000 semanas en cualquier tiempo, por lo que le queda acreditar que cotizó 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la prestación, esto es, **entre el 26 de noviembre de 1981 y el mismo día y mes del año 2001**, encontrando que, en dicho lapso cotizó un total de **552.19** semanas.

De esta manera es claro que la señora Luz Mary Ovalle Suárez cumplió con los requisitos contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, la cual resulta exigible desde el día que cumplió con la edad para acceder a la prestación, esto es 26 de noviembre de 2001.

Ahora bien, **frente al fenómeno de la prescripción** - asunto que además se revisa en grado jurisdiccional de consulta en favor de la pasiva - se tiene que: **i)** la demandante elevó por primera vez solicitud de pensión ante la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca – Dirección de Pensiones, el **25 de junio de 2007**, conforme lo indicado en la Resolución 1843 del 28 de diciembre de 2007, expedida por dicha Secretaría, (fl 6 a 11); **ii)** la demandante activa la jurisdicción en contra de las demandadas en **marzo del año 2018**, según se desprende de la fecha de la sentencia de primera instancia proferida el dia 6 de abril de 2018 por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá dentro de la acción de tutela No. 18-00279 (fls 15 a 23), iii) en a**bril de 2019**el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca en sede constitucional, ordenó el reconocimiento *provisional* de la pensión, razón por la que la pasiva expidió acto administrativo reconociendo la prestación **a partir del 1 de julio de 2019** (fls. 173 a 178); **iii)** que ya en vía ordinaria, el A Quo condenó al pago retroactivo pensional **a partir del 13 de abril de 2015** - y; **iv)** que la demandante presentó la demanda judicial el **3 de julio de 2019** (fl. 193).

Así las cosas, como la primera reclamación efectuada por la activa (2007) no logró interrumpir el fenómeno de la prescripción y solo activó la jurisdicción en marzo de 2018 mediante la presentación de sendas acciones de tutela que buscaban enervar las decisiones negativas de las demandadas, la Sala estima que la fecha que debió tenerse en cuenta es marzo de 2018 al entender que con la presentación de la acción de tutela se interrumpía el fenómeno extintivo de la prescripción, en las voces de los Arts. 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T.S.S., lo que significa que se debió declarar la prescripción de las mesadas no cobradas hasta el mes de **marzo de 2015**; sin embargo como tal decisión no fue apelada por la activa y el punto se revisa en consulta en favor de la entidad de pensiones, se CONFIRMARÁ la decisión del A quo que declaró la prescripción de las mesadas pensionales causadas hasta el **13 de abril del 2015**, teniendo como parámetro la fecha en la que Colpensiones tuvo conocimiento de la petición de la demandante - **13 de abril de 2018** - conforme se afirma e a la Resolución SUB117636 del 30 de abril del 2018,

Ahora bien, en cuanto a la condena a i**ntereses moratorios**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia **SL1681-2020,** reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no

solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. **42783**, la del 29 de mayo de 2003, **rad. 18789**, así como la **SL8949-2017 y SL3947-2020**), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, **Rad. 43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020**).

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021,** señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, como ocurre en el caso presente, razón por la cual la condena a dichos intereses moratorios será REVOCADA.

Finalmente, en lo que respecta a la inconformidad de Colpensiones en cuanto al monto fijado como agencias en derecho

en su contra, ha de indicarse que conforme el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, este no es el momento procesal oportuno para controvertir el monto de las agencias en derecho impuestas, pues ello solo es posible mediante los recursos de reposición y en subsidio apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

Por lo expuesto anteriormente, habrá de **REVOCARSE** el numeral quinto de la sentencia de primer grado para **ABSOLVER** a Colpensiones del pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia de fecha y origen conocidos, para en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones del pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. -CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER
Salvo Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de enero de 2018, dentro del proceso ordinario laboral que **GLADYS MARÍA MANZANO DE CASTAÑEDA** promoviese contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se le declare beneficiaria del régimen de transición y como

consecuencia de ello se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a partir del 16 de abril de 2009, el pago del retroactivo, la indexación de dichas sumas y el pago de los intereses moratorios.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: 1) Nació el 19 de diciembre de 1949, cumpliendo 55 años en el 2004; 2) Laboró para las siguientes entidades: a) del 28/09/1977 al 02/01/1979 y del 27/02/1979 al 04/06/1982 para la Rama Judicial, b) del 06/04/1984 al 31/03/1994, del 01/04/1994 al 30/11/1997 y del 01/12/1997 al 15/04/2009 para la Notaria Única del Circuito de la Plata - Huila; 3) Cotizó unos periodos a CAJANAL y otros a FONPRENOR; 4) Acredita un total de 1.520,56 semanas; 5) El 23/10/2014 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entidad que mediante Resolución GNR 59206 del 27/02/2015 declaró la falta de competencia para resolver la solicitud, remitiendo el expediente a la UGPP; 6) El 06/07/2015 se radicó derecho de petición ante la UGPP solicitando la definición de la solicitud de pensión, y mediante oficio del 06/08/2015 se les requirió para que allegaran una documental, la cual fue arrimada el 26 del mismo mes y año; 7) Mediante Resolución RDP 049029 del 24/11/2015 la UGPP negó la prestación solicitada; 8) Dentro de la oportunidad legal se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación; que fueron resueltos respectivamente de forma negativa mediante Resoluciones RDP 056178 del 30/12/2015 y RDP 008350 del 24/02/2016; 9) Mediante derecho de petición de fecha 17/05/2016 se reiteró a la UGPP la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión pero fue negada la petición mediante Resolución RDP 034652 del 19/09/2016, sin que a la fecha, la UGPP se haya pronunciado respecto del recurso interpuesto frente a la negativa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** - (fls. 251 a 276), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la innominada.

Expuso que conforme el acervo probatorio allegado se observa que la demandante no acredita los presupuestos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 del 2005, para ser beneficiaria del régimen de transición, además que no acredita los 20 años de servicios prestados que exige el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de enero de 2018, en la que dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

> "**PRIMERO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción hecha por la demandada, conforme a lo expuesto en la parte considerativa y no probadas las demás excepciones.
>
> **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, a reconocer y pagar a la demandante Gladys María Manzano de Castañeda la pensión de vejez a que tiene derecho a partir del 16 de abril de 2009.
>
> **TERCERO:** Conforme a la excepción de prescripción que se declaró probada parcialmente, **CONDENAR** a la demandada UGPP a pagar a la demandante la suma de $2.477.018,51, por concepto de retroactivo entre el 7 de diciembre de 2013 y el 19 de enero de 2014 conforme al reconocimiento pensional efectuado a la demandante mediante Resolución No. RDP 028745 del 18 de julio de 2017.
>
> **CUARTO: CONDENAR** a la demandada UGPP a pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre la suma ordenada en el numeral anterior, al igual que sobre

> el retroactivo que fue objeto de pago con ocasión de la Resolución RDP 028745, por las mesadas causadas entre el 19 de enero de 2014 y la fecha en la que efectivamente fueron pagados.
>
> **QUINTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. (...)"

En síntesis, el A Quo refirió que a folios 285 a 286 se ve la Resolución RDPC 028745 del 18 de julio del 2017, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a la demandante, en la cual se señaló que la fecha de su causación era el 19 de diciembre de 2004 y la fecha de efectividad el 16 de abril de 2009 y en la parte resolutiva se dijo que la fecha de efectos fiscales sería a partir del 19 de enero de 2014 por prescripción trienal, siendo esta última fecha la que es objeto de controversia, ya que se entendería que únicamente se le va a reconocer y pagar a la demandante el retroactivo desde el 19 de enero de 2014 hasta el momento en que sea incluida en nómina de pensionados.

Por lo anterior, al proceder a resolver sobre la excepción de prescripción, trajo a colación los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS y reseñó la sentencia del 15 de mayo de 2012 con radicación 38504 de e la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que existen dos mecanismos para interrumpir la prescripción, uno judicial y el otro extrajudicial, los cuales no son excluyentes, de suerte que se pueden aplicar los dos, esto es que primero se pueda provocar la interrupción mediante el proceso extra judicial, esto es la reclamación del trabajador, que solo opera una vez, y luego con la presentación de la demanda.

Precisó que, tal como se verifica en el expediente administrativo y las resoluciones que han resuelto sobre las diferentes solicitudes de la demandante, se tiene que la primera reclamación fue efectuada el 22 de junio de 2012 y fue archivada por desistimiento el 28 de enero de 2013, con lo que dicha reclamación interrumpió el término prescriptivo por un término

y empezaría a contarse nuevamente por un término igual, lo que daría hasta el 22 de junio de 2015, pero la demanda únicamente fue radicada hasta el 7 de diciembre de 2016 por lo que entre el lapso de la reclamación y el de la presentación de la demanda transcurrió un término superior a los 3 años, incluido inclusive la resolución en la cual se dio por desistida la solicitud de la demandante que data del 28 de enero de 2013 y desde esta resolución que resolvió en su momento la reclamación inicial de la demandante hasta la presentación de la demanda también habían transcurrido más de 3 años, por lo que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, procediendo a tener en cuenta los tres años anteriores a la fecha de presentación de la demanda, esto es al 7 de diciembre de 2013 y como quiera que la resolución que reconoce la pensión señala que los efetos fiscales son a partir del 19 de enero de 2014 únicamente se ordenará a la demandada pagar a la demandante lo no reconocido entre el 7 de diciembre de 2013 al 19 de enero de 2014.

Frente al tema de los intereses moratorios y/o indexación, dijo que efectivamente la demandada U.G.P.P., fue negligente al momento de resolver sobre la solicitud pensional presentada por la demandante y que superó ampliamente los términos con que contaba para resolver esta solicitud, por lo que se ordenará al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y como quiera que se condena a estos no se ordenará pago alguno por concepto de indexación, ello conforme a los múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia como en el radicado 46564 del 2011, SL8544 y el radicado 51829.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Expuso estar en desacuerdo con la sentencia en lo que tiene que ver con la prescripción aplicada, ya que la demandante solicitó ante la UGPP la pensión de vejez el día 22 de junio de

2012, posteriormente por Resolución RDPC 049029 la entidad negó el reconocimiento de la pensión de vejez y de ahí en adelante se viene la expedición sucesiva de varias resoluciones negándole el derecho hasta la expedición de la Resolución RDPC 028745 del 18 de julio del 2017 donde se le hace el reconocimiento de la pensión.

Indicó que, desde el 22 de julio de 2012 se ha venido reclamando la pensión y en algún momento se dijo que le correspondía su reconocimiento a Colpensiones, por lo que el 23 de octubre del 2014 se solicitó el reconocimiento a dicha entidad la cual, mediante Resolución GNR 59206 del 27 de febrero de 2015 manifestó que era la UGPP la que debía reconocer y ordenó remitir el expediente, luego la tardanza de hacer llegar el expediente y la posterior manifestación de funcionarios de la entidad con el extravío de los documentos, para lo cual se diligenció un formulario único de solicitud prestacional en la UGPP el 6 de julio del 2015, sin que esto quiera decir que es la solicitud inicial, pues se venía reclamando desde el 22 de junio del 2012.

Por lo anterior, considera que la prescripción en ningún momento ha operado porque desde la fecha de radicación se venía reclamando la prestación hasta la fecha en que se reconoció, prueba de lo cual es que la UGPP, no obstante manifiesta que hay una prescripción trienal, reconoce la fecha de la primera solicitud y la fecha en la que debe ser reconocida esta pensión.

Finalmente, solicita se ordenen pagar los intereses de mora sobre el retroactivo total que ya se canceló.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P.,** precisó que esa entidad no adeuda intereses moratorios dado que optó de manera diligente

e inclusive se le reconoció la pensión de vejez a la demandante mediante Resolución RDPC 028745 del 18 de julio del 2017.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si en este caso operó el fenómeno extintivo de la prescripción y si la demandada debe pagar los intereses moratorios.

De la prescripción extintiva

Las diferentes normas laborales colombianas establecen la prescripción de la acción. Ejemplo de ello son los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), precisando que, a su vez, conforme el el artículo 489 del C.S.T. y el 151 del CPTSS, la prescripción se interrumpe por una sola vez, con la presentación

de la reclamación; ello en concordancia con el artículo 6 del CPTSS, según el cual, si el interesado decide impugnar el pronunciamiento de la entidad pública frente a su solicitud pensional, el término de prescripción se entiende suspendido mientras los recursos de ley se resuelven.

Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido, con inmodificable persistencia, que el reconocimiento **de la pensión** es imprescriptible, aunque no así las mesadas pensionales, bajo el entendido de que la falta de diligencia en el cobro del derecho crediticio extingue de forma trienal las mesadas en temas de pensiones.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que el término de 3 años se interrumpe con la presentación de la reclamación, y tan sólo vuelve a correr de nuevo cuando se da respuesta, tal y como se dijo, entre otras en la sentencia SL 17165 del 2015 Rad. 62562, en la que se indicó:

> "(...) tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo como el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que señalan el plazo general de tres años para la extinción de las obligaciones y acciones laborales, señalan que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho determinado, interrumpe la prescripción, pero por una sola vez, plazo que empezará a contarse de nuevo, sin que sea posible interrumpir ese plazo por varias veces, en tanto, como ya quedó dicho, los citados preceptos permiten la interrupción de la prescripción por una sola vez, tenor literal que no admite interpretación distinta ni mucho menos como la planteada por la acusación. Desde luego, no debe olvidarse que de conformidad con el artículo 6° del estatuto adjetivo laboral que regula la reclamación administrativa –consistente en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que se pretenda-- en las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, mientras esté pendiente el agotamiento de dicha reclamación, el término de prescripción queda suspendido, de manera que la reanudación del término de prescripción se da desde el momento en el que se produzca efectivamente la respuesta de la Administración., o cuando el interesado, transcurrido un mes después de presentada,

decide no esperar la respuesta y opta por la acción judicial, disposición que cabalmente también observó el Tribunal (...)"

Criterio reafirmado recientemente en la sentencia SL 3667 del 2021 Rad. 81368, en la que dicha Corporación indicó:

"Vale la pena recordar que el derecho pensional en sí, es imprescriptible, más no las mesadas que no fueron cobradas en tiempo; que en circunstancias normales el término de prescripción que se debe aplicar es el de tres años, previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual se interrumpe con la reclamación escrita ante la entidad accionada, para lo cual también se debe tener en cuenta el plazo de los cuatro meses que da la ley a las entidades para responder.

Debe recordarse que de acuerdo con el artículo 6 del CPTSS, si el interesado decide impugnar el pronunciamiento de la entidad frente a su solicitud pensional, el término de prescripción se entiende suspendido mientras los recursos de ley se resuelven, pues en tanto ello no suceda, no es dable considerar agotada la reclamación administrativa. Así se explicó en sentencia CSJ SL 7 feb. 2012, rad. 37251, reiterada entre otras, en decisiones CSJ SL1819-2018 y CSJ 2154-2019:

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

Ahora, en los términos del inciso 2° del precepto instrumental reseñado, mientras esté pendiente la reclamación administrativa, el término de

prescripción de la acción queda suspendido. Por tanto, si el interesado, en caso de pronunciamiento, opta por recurrirlo, no puede afirmarse que la prescripción, como uno de los modos de extinguir las obligaciones, ha seguido su curso normal, pues de acuerdo con el mandato legal, el efecto no es otro que el de su suspensión, ya que mientras estén pendientes de resolverse los medios impugnativos, no puede decirse que la reclamación administrativa está agotada. Y no puede verse afectado el interesado en esta hipótesis, por la demora o tardanza de la Administración para resolver las inconformidades interpuestas, pues obviamente no puede responder por la culpa de la entidad pública, quien debe obrar diligentemente y dentro de los términos de ley. Naturalmente, si el interesado, una vez transcurre el mes de presentada la reclamación sin que haya habido pronunciamiento, inicia la acción judicial, debe entenderse que dio por agotado su reclamo y desde ese momento cesa la suspensión del término prescriptivo, así la Administración se pronuncie con posterioridad.

Entonces es claro que la prescripción se interrumpe una sola vez, lo que ocurrió el 12 de marzo de 2010, y frente a esa primera solicitud no se interpusieron los recursos de ley, por lo que quedó en firme, es decir, no aplica el supuesto transcrito, pues no estaba pendiente la resolución de algún aspecto.

Por lo que conforme a lo explicado por la Sala en la sentencia CSJ SL13000-2015 en la que se consideró, respecto del artículo 6 del CPTSS que,

[...] la reclamación administrativa del derecho presentada ante entidades de la administración pública, suspende el término de prescripción hasta (i) cuando se decida la petición, o (ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.

En cuanto a esta última hipótesis, incorporada por la L. 712/2001, debe clarificarse que fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, en el entendido que «el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización del término de prescripción solo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca». De suerte que, hoy por hoy, un adecuado entendimiento del art. 6° del CPTSS, debe necesariamente contemplar el hecho de que hasta tanto no se emita y notifique la respuesta a la reclamación, el término prescriptivo permanece suspendido."

De los intereses moratorios

Los intereses moratorios se reconocen cuando la entidad de seguridad social incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, tal como lo señala el artículo 141 de la Ley 100 de

1993. A su vez el artículo 9 de la ley 797 de 2003 establece que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

VII. DEL CASO CONCRETO.

i) Pues bien, en el proceso está documentado que la demandante, por intermedio de apoderado judicial, presentó solicitud de reconocimiento pensional **ante la U.G.P.P., el 22 de junio de 2012**, tal y como se indica en la parte motiva - título "Antecedentes Administrativos"- de las Resoluciones RDP 056178 (fl. 59 vto), RDP 008350 (fl. 65 vto) y RDP 034652 (fl. 72), solicitud que **fue archivada el 28 de enero del 2013** mediante ADP 001352.

Posteriormente, presentó petición de reconocimiento pensional **ante Colpensiones** el día 23 de octubre de 2014, la cual fue resuelta mediante Resolución GNR 59206 del 27/02/2015, negando la prestación; luego presentó nuevamente solicitud de pensión de vejez, **ante la U.G.P.P., el día 06 de julio de 2015,** que fue resuelta negativamente mediante Resolución **RDP 049029 del 24/11/2015** (fl. 54 a 55), acto administrativo frente al que la activa interpuso en tiempo los recursos de reposición y en subsidio apelación (fls. 56 a 58)-, siendo resueltos respectivamente mediante resoluciones RDP 056178 **del 30/12/2015**, (fls. 59 a 61) y RDP 008350 del **24/02/2016,** que confirmaron la negativa pensión (fl. 65 a 66);

Posteriormente la activa eleva nueva solicitud pensional ante la demandada el 17/05/2016 la cual es resuelta inicialmente de forma negativa, pero luego afirmativa, mediante Resolución RDP 028745 del 18 de julio de 2017 en la que le es reconocida pensión de vejez por valor de $1.569.198, con fecha de efectividad del 16/04/2009 y fecha de efectos fiscales del 19/01/2014 "por prescripción trienal" (fl. 285 a 286)

Así las cosas, atendiendo la jurisprudencia citada en esta sentencia, el término de prescripción se interrumpe con la presentación de la reclamación y tan solo vuelve a correr de nuevo cuando se da respuesta a la misma.

En el sub examine, tal y como la misma parte lo acepta y argumenta al sustentar el recurso de alzada, se tiene que la primera reclamación mediante la cual la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez data del **22 de junio del 2012**, siendo esta archivada mediante acto administrativo del **28 de enero de 2013**, fecha última desde la cual inicia a contabilizarse el término de 3 años del fenómeno prescriptivo, al tomarse como la fecha en que se resolvió archivar la petición

incoada, decisión que quedó en firme, al no interponerse frente a ella recurso alguno.

Así las cosas, acertada resulta la decisión del a quo al tener por demostrada la excepción de prescripción, ya que en efecto la misma operó en este asunto, pues la parte actora tenía hasta el **28 de enero de 2016** para presentar la demanda y como esta solo fue presentada el **7 de diciembre de 2016** (fl. 244), operó dicho fenómeno extintivo de mesadas pensionales.

Al punto, es menester recordar que los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS, así como la jurisprudencia arriba citada, son consistentes en establecer que la reclamación presentada interrumpirá la prescripción solamente por una vez y por un lapso igual, por lo que no resulta acertado el argumento de la apelación, relativo a que se solicitó igualmente a Colpensiones la prestación en el año 2014, y que la demora de esta entidad en remitir a la U.G.P.P., la solicitud al declararse incompetente no es atribuible a la demandante no resulta de recibo, dado que como desde el mismo recurso de apelación se afirma, ya desde el año 2012, la actora había solicitado a la U.G.P.P., la prestación; luego no puede pretender suspender el término prescriptivo, tantas veces como interponga solicitudes y por ello debe CONFIRMARSE la sentencia en el punto apelado.

En lo que respecta a los **intereses moratorios**, conforme la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, estos resultan aplicables a las pensiones a las que se refiere la Ley 100 de 1993, tal y como es el caso que hoy ocupa la atención de este Tribunal, pues mediante Resolución RDP 02875 del 18/07/2017 le fue reconocida la pensión de vejez (fl. 285-286) con fecha de efectividad 16/04/2009 y fecha de efectos fiscales del 19/01/2014 "por prescripción trienal", bajo los preceptos de la Ley 100 de 1993.

Atendiendo la jurisprudencia en cita, al revisarse los actos administrativos por los cuales la U.G.P.P., negó el reconocimiento de la pensión de vejez, mediante Resoluciones RDP 049029 del 24/11/2015 (fl. 54 a 55) y RDP 034652 del 19/09/2016 (fls. 72 a 74), las razones que adujo dicha entidad fueron:

"que se requiere se alleguen las planillas donde se evidencien los a portes que se realizaron para pensión a Cajanal EICE hoy en l iquidación o en su defecto el paz y salvo de cotizaciones que expida Cajanal desde el 06 de abril de 1994." (fl. 54 vto);

"Se allegue acto administrativo de retiro del servicio en original o

copia auténtica" (fl. 54 vto);

La existencia de unas "inconsistencias" en la afiliación a Cajanal del periodo comprendido entre el 01/12/1997 y 15/04/2009, "como quiera que dicha afiliación es irregular" (fl. 73); y

"no se allegó certificado de aportes a pensión ni el acto administrativo de retiro del servicio" (fl. 73)

Así las cosas, si bien la actora presentó sendos escritos solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, no puede pasarse por alto que la norma exige que al momento de la presentación de la solicitud se acrediten los requisitos del derecho sin los cuales, no es posible iniciar a contabilizar el término de que trata el artículo 9 de la ley 797 de 2003, por ello, en el caso bajo estudio, no resulta viable la imposición de intereses moratorios, como quiera que en varias oportunidades la U.G.P.P., requirió a la accionante allegara los documentos requeridos y no obra prueba en el plenario de la fecha en la cual se allegaron en su totalidad.

Por ello, considera la Sala que las razones aducidas por la U.G.P.P., se encuentran ajustadas a la normatividad legal, pues es claro que los documentos por esta solicitados se tornaban

necesarios para el estudio de la prestación deprecada por la actora.

Por tanto, no se cumplen los presupuestos necesarios para irrogar condena a intereses moratorios; y en tal sentido se REVOCARÁ la decisión del A Quo, no obstante, se ordenará el pago de la indexación sobre las sumas que fuesen ordenados los intereses moratorios en el fallo de primer grado, al momento en que se haga efectivo su pago, pues su valor se podría ver sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Por lo antes expuesto, se MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar ordenar la indexación sobre las sumas allí indicadas y se CONFIRMARÁ en todo lo demás.

VIII. COSTAS

Sin costas en esta instancia

IX. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada. En su lugar, se CONDENA a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -**

U.G.P.P., a pagar a la demandante la indexación sobre la suma ordenada en el numeral primero de la sentencia de primera instancia, al igual que sobre el retroactivo que fue objeto de pago con ocasión de la Resolución No. RDP 28745, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. - CONFIMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

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

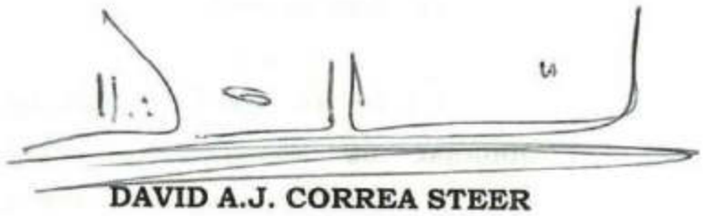
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

SEGUNDO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

TERCERO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) BELCY BAUTISTA FONSECA, identificado (a) con C.C. No. 1.020.748.898 y T.P. No. 205.907 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte DEMANDANTE, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA MERCEDES TRUJILLO GÓMEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales cotizados por la demandante, incluidos los rendimientos, las deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes, y a esta última a recibir dichos dineros y activar la afiliación.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 13 de octubre de 1961; **2)** Empezó a cotizar al ISS el 13 de julio de 1981; **3)** La AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. la convenció el 8 de febrero de 1999 para que se vinculara al RAIS; **4)** Para la fecha de traslado contaba con 842 semanas cotizadas; **5)** La AFP Colpatria no le informó sobre las ventajas y desventajas que acarreaba el cambio de régimen, ni puso en conocimiento los escenarios comparativos de pensión entre los dos regímenes; **6)** El 8 de marzo de 2005 se trasladó a AFP Old Mutual Skandia; **7)** El 9 de marzo de 2018 solicitó a Porvenir S.A. la ineficacia de su afiliación, la cual fue negada el 06 de abril del mismo año; **8)** El 12 de marzo de 2018 solicitó a Old Mutual Skandia la ineficacia de su afiliación, petición que fue negada mediante comunicación del 23 de marzo de 2018; **9)** El 9 de marzo de 2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación, petición que fue negada mediante comunicado del 23 del mismo mes y año.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS – SKANDIA S.A. (fls. 115 a 158) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Expuso que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación respecto de esa AFP, máxime cuando dentro del contenido de la demanda no se establece cual es la naturaleza de la nulidad que se pretende.

Precisó que las normas que se promulgaron sobre la viabilidad del traslado de régimen pensional, vigentes a la fecha en que la demandante se trasladó de régimen pensional, no le imponían a los fondos privados la obligación de notificar a los afiliados sobre la posibilidad de cambiar de régimen pensional.

Adujo que la demandante no se encontraba amparada por el régimen de transición ni por tiempo ni por edad, dado que nació el 13 de octubre de 1961 y al 1° d abril de 1994 contaba con 32 años, aunado a que, para dicha data, contaba con aproximadamente 613.57 semanas cotizadas, por ende, no contaba con una expectativa legítima de derecho pensional.

Concluyó diciendo que la accionante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

COLPENSIONES, (fls. 169 a 191) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las 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 institucional administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es al 1° de abril de 1994, contaba con 33 años pues nació el 13 de octubre de 1961, por lo que no contaba con la edad ni con los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición referido en el artículo 36 de la norma en mención, ni contaba con alguna expectativa legítima o derecho adquirido en el RPM, razón por la cual, no es de recibo que pretenda regresar al RPM.

De otro lado, adujo que, para el 9 de marzo de 2018, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, se encontraba inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues contaba con 57 años.

Expuso que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de Colfondos S.A., de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

PORVENIR S.A. (fls. 210 a 233), se opuso a las pretensiones presentadas en su contra, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Adujo que, para el caso particular la parte actora alega un vicio en el consentimiento, por lo que en gracia de discusión, solo podría operar una nulidad relativa y el acto viciado de nulidad relativa es susceptible de ratificación, lo que se puede predicar en este caso, con el pago de los aportes mensuales por cerca de 19 años, contando la accionante con la posibilidad de solicitar el cambio de régimen pensional, traslado que solo fue solicitado cuando ya habían vencido los términos legales previstos para el efecto.

Refirió que la demandante suscribió la solicitud de vinculación, documento público, que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y 54A del CPTSS, sin que pueda obviarse que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen se materializó con la suscripción de dicho documento conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, sin que se trate de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz de obligarse.

III. SENTENCIA APELADA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del presente asunto, atendiendo lo establecido en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y el artículo 1° del Acuerdo CSJBTA20-2019 del 31 de diciembre de 2020 y evacuadas las etapas procesales pertinentes, dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal conclusión expuso, que a efectos de resolver el presente asunto debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Pensiones, normas que han consagrado que la selección de estos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestará por escrito su elección al momento de su afiliación o traslado, lo que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen.

Precisó que el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable al momento del traslado de la actora, consagra la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para la escogencia de las mejores opciones del mercado.

Citó las sentencias SL 9447 del 2017, 1452 del 2019, 1688 del 2019, 1689 del 2019 y 4426 de 2019, las cuales, indicó, tienen una misma línea en común frente al tema de la ineficacia y sus consecuencias, pretendiendo que al afiliado no se le vulnere su derecho a la libre escogencia al momento del traslado, además que desde la sentencia SL 1688 del 2019 la Corte ha considerado que las AFP deben de suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y que, además, opera la inversión de la carga de la prueba, así mismo estas providencias han indicado que lo anterior se repite sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene un beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse dado que la violación del derecho del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerando en sí mismo, esto desde luego teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Para el caso bajo estudio, expuso, una vez revisado el material probatorio se logró demostrar que la AFP Colpatria, en su momento, demostró que ofreció una asesoría e información subjetiva, clara y suficiente, lo que acaeció el 8 de febrero de 1999, pues al proceso se aportó un formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folio 229, aunado a la confesión que la actora realizó en su interrogatorio de parte, diligencia en la que afirmó que el proceso de afiliación fue una reunión general en su empresa que duró 40 minutos y en donde se les informaron todas las condiciones y características de los regímenes, en especial los beneficios, la posibilidad de pensionarse antes, de una mejor mesada; adicionalmente, al revisarse todos los interrogatorios de parte rendidos, se logró establecer que la demandante tenía un conocimiento frente a estas condiciones, pues ella misma afirmó que realizó aportes voluntarios tanto a Colpatria como a Skandia, que ella sabía que

esos aportes eran para un ahorro futuro, lo que denota un conocimiento frente a la funcionalidad del RAIS, además que la demandante realizó un traslado horizontal en el RAIS.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE ACTORA

En síntesis, indicó que, el marco normativo por el que se regulan estos casos se encuentra contemplado en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha dicho que las AFP prestan un servicio público esencial y desde su creación tienen ciertos deberes y restricciones propias de las actividades que manejan, por ello ha establecido que la expresión libre y espontánea de la voluntad del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, presume un conocimiento el cual se debe materializar y probar que fue un conocimiento informado, el cual se alcanza o demuestra, cuando la persona conoce a fondo las consecuencias de la decisión que toma, tal como lo indicó en sentencia SL 12136 del 2014 donde se expuso que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que ellas pueden tener frente a sus derechos prestacionales ni tampoco puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica.

Aclaró que la reunión en la que estuvo la demandante y en la cual se vincula a Porvenir S.A., no fue una reunión dirigida únicamente a la demandante, sin que se entienda como el juzgado colige que al haber durado 40 minutos en una firma de formularios de varias personas en el lugar de trabajo se presumía que la actora haya recibido asesoría, máxime cuando ella comentó que le manifestaron información general y de ello no se puede desprender que se le haya informado las características del RAIS, con lo que no se encuentra probado el deber de información.

Adujo que Skandia también mantuvo la desinformación, y pese a que se afilió a esta por un conocido, ello no exime de responsabilidad a la AFP de la información que debia suministrarle al momento de la afiliación, de hecho, es una actuación de mala fe pues el promotor conocia a la demandante y este no le hizo la advertencia o no hizo uso del buen consejo que la ley le impuso a las AFP.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, y en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 21 de julio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueran totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante,

en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

> "El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el articulo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las caracteristicas, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regimenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoria y buen consejo	Articulo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podria perjudicarle
Deber de información, asesoria, buen consejo y doble asesoria.	Ley 1748 de 2014 Articulo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoria de los representantes de ambos regimenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenian el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre

> sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
>
> Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.
>
> Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

> 2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado
> (...)
>
> Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:
>
> (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
>
> Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las

> condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.
>
> Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

> "En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
>
> ...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
>
> Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una

> práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

> Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:
>
> En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.
>
> En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.
>
> Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

> "(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Posteriormente, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo lo siguiente:

> "Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».
>
> "Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 13/07/1981 (Fl. 187); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 08/02/1999 a través de la A.F.P COLPATRIA (hoy Porvenir S.A.) (fl. 229); **iii)** posteriormente se trasladó a Old Mutual el 10/03/2017 (fl 132); y **iv)** solicitó retornar nuevamente al RPM los días 9 y 12 de marzo de 2018 (fl. 25, 27 y 30), no obstante, tales peticiones fueron negadas por la hoy demandadas.

Pues bien. En el análisis del material probatorio arrimado al expediente, la Sala considera equivocada la decisión del A Quo, y por ello la providencia venida en apelación será revocada. Lo anterior por lo siguiente:

A folio 229 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 08 de febrero de 1999 con la AFP Colpatria (hoy Porvenir S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales "*la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*"[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Porvenir S.A. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 08 de febrero del 1999, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

---

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Así las cosas, no resulta acertado el argumento expuesto por el *a quo* frente a los traslados horizontales realizados entre administradoras del RAIS, pues, si bien la accionante se trasladó de Colpatria (hoy Porvenir S.A.) a Old Mutual Skandia, ello en manera alguna sanea el traslado de régimen, en primer lugar porque la ineficacia se da respecto del traslado inicial del RPMPD al RAIS-, y una eventual "asesoría" dada a la demandnate para trasladarse posterior a ese momento entre administradoras del RAIS, no sanca la falta de información inicial, y en segundo lugar, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, tal y como se dijo en la pluricitada sentencia SL 1688-2019.

Así mismo debe decirse que , contrario a lo afirmado por el A Quo, no obra medio de prueba alguno que dé por demostrado el deber de información al que están sujetas las AFP, y del interrogatorio de parte surtido a la activa nada distinto a lo que se dice aflora, pues, de ninguna respuesta dada por la demandante emerge confesión en su contra.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del

consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> "La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.
>
> Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
>
> Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.
>
> La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.
>
> Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Es por ello que la Sala no encuentra acierto en la decisión del *A Quo*, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en

consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de María Mercedes Trujillo Gómez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la AFP Colpatria (hoy Porvenir S.A.) el día 08 de febrero de 1999 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte y como consecuencia de ello, también ha de declararse ineficaz el traslado efectuado posteriormente a Old Mutual Skandia el día 10 de marzo de 2017.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de

> administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

> "De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:
>
> Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.
>
> En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.
>
> Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.
>
> [...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas

> contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.
>
> [...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].
>
> Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.
>
> [...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Pulido Rodríguez.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la

accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»".*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, considera esta Sala necesario exhortar al Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS por ser vencida en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

1.1. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de Maria Mercedes Trujillo Gómez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Colpatria hoy Porvenir S.A. el día 08 de febrero de 1999, así como el traslado posterior a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias, y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

1.2. CONDENAR a la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a titulo de aportes fueron pagados por Maria Mercedes Trujillo Gómez y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

1.3. ORDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Maria Mercedes Trujillo al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO.- EXHORTAR al Juez de conocimiento para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

TERCERO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. Maria Juliana Mejia Giraldo, identificada con T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Téngase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Ladys Dayana Cantillo Samper, identificada con T.P. No. 289.372 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de **Colpensiones**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **FLOR ALBA ALRACÓN DE CUERVO** promoviese contra **LA**

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicando como tasa de reemplazo el 90%, a partir del 24 de agosto de 2009, junto con el pago de las diferencias pensionales existentes a partir del reconocimiento de la prestación hasta su modificación, debidamente indexadas, las respectivas mesadas adicionales y los reajustes legales.

Así mismo, depreca el reconocimiento y pago de los incrementos del 14% y 7% por personas a cargo, el pago de intereses moratorios e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta que: **1)** El ISS, mediante Resolución 09238 del 08/03/2006 le reconoció pensión de vejez de acuerdo con el artículo 9 parágrafo 4 de la Ley 797 de 2003; **2)** Nació el 24 de agosto de 1954, siendo beneficiaria del régimen de transición, pues para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios; **3)** El 24 de agosto de 2009 cumplió 55 años, reuniendo los requisitos para acceder a la prestación de conformidad con lo exigido por el Decreto 758 de 1990; **4)** Tiene derecho a la liquidación de su pensión hasta la última semana efectivamente cotizada; **5)** Contrajo matrimonio con el señor José Joaquín Cuervo Cuellar el 06/12/1975; **6)** Convive con su esposo de manera permanente e ininterrumpida

bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho, dependiendo económicamente de su esposa, pues no trabaja ni devenga pensión alguna; **7)** Es madre de Kelly Maritza Cuervo Alarcón, quien por su condición no trabaja y depende económicamente de ella; **8)** Mediante dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, su hija presenta una pérdida de capacidad laboral del 86.75%, con fecha de estructuración del 04/12/1978; **9)** Mediante petición de revocatoria directa radicada ante Colpensiones el 19/03/2019, se solicitó el reconocimiento de la pensión bajo los postulados del Decreto 758 de 1990, el reconocimiento de los incrementos en este contemplados por persona a cargo y la indexación; y **10)** Colpensiones negó dichas peticiones mediante Resolución SUB 66687 del 19/03/2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 65 a 80), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

Expuso que, si bien la accionante es beneficiaria del régimen de transición por edad, pues al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años, no cumple con el requisito mínimo de semanas, como se desprende de su historia laboral, ya que entre el 29 de agosto de 2009 (fecha en que cumplió los 55 años) y el 29 de agosto de 1989 (20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima), no acreditó 500 semanas de cotización, ni 1000 en cualquier tiempo.

Indicó que no es posible acceder a lo peticionado por la actora, como quiera que ya viene percibiendo las mesadas pensionales desde el año 2006, prestación reconocida de manera anticipada inicialmente bajo condiciones de favorabilidad frente a las condiciones que permiten reconocer una pensión de vejez.

Frente a los incrementos del 14% y 7% por personas a cargo, adujo que los mismos dejaron de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aún en aquellos casos en que los afiliados acreditaron los requisitos del régimen de transición, pues estos fueron objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de diciembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos.

> "**PRIMERO:** Condenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar a favor de la demandante Flor Alba Alarcón de Cuervo, la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad y por lo tanto gozará de todos los beneficios que contempla dicha normatividad.
>
> **SEGUNDO:** Condenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a reconocer y pagar a favor de la demandante Flor Alba Alarcón de Cuervo, reconocimiento y pago de los incrementos pensionales de su mesada pensional del 14% por cónyuge a cargo y 7% por su hija inválida, a partir del 07 de marzo de 2019, valor que arroja un retroactivo que asciende a la suma de $4.627.856; calculado de la fecha antes indicada hasta diciembre de la presente anualidad, estimado sobre 14 mesadas anuales sin

perjuicio de los valores que se causen con posterioridad, adicional a ello los valores deberán ser reconocidos en forma indexada, calculados de la fecha de su causación hasta el momento que se haga efectivo el pago de la obligación, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: Absolver a Colpensiones de las demás pretensiones invocadas en su contra. (...)"

En síntesis, refirió que, en el proceso se evidencia que la demandada reconoció a la demandante, a través de la Resolución 9238 del 8 de marzo de 2006, pensión especial de vejez por hija inválida a partir del 1° de abril de 2006, en cuantia inicial equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, prestación que le fue otorgada bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003.

Advirtió que no es objeto de discusión que la actora es beneficiaria del régimen de transición, situación demostrada con las documentales allegadas al plenario, pues para el 1° de abril de 1994 contaba con 39 años y tenía 760 semanas cotizadas, por lo que cumple con las exigencias del articulo 36 de la Ley 100 de 1993, así mismo, se demostró que cumplió con los parámetros establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 para efectos de ampliar el reconocimiento del régimen de transición hasta el año 2014.

Indicó que el hecho de haberse beneficiado en un primer momento de la pensión especial de vejez por su hija inválida, no desplaza el cumplimiento de los requisitos de causación, máxime cuando el legislador, previo al reconocimiento de la pensión especial de invalidez de carácter temporal, determinó que, en el evento de desaparecer la razón de ser del reconocimiento, esto es el cuidado de la menor, desapareceria la prestación, por lo tanto, no se puede acoger un criterio restrictivo y excluyente frente a la aplicación de otras normas que pueden gobernar el

reconocimiento de la prestación, es decir, para el reconocimiento de la pensión especial la demandante gozaba de cumplimiento de los requisitos de causación contenidos en la Ley 100 de 1993, así como también los contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que no se puede suprimir el derecho que emerge de ambas disposiciones legales, asistiéndole a la demandante el derecho de que se le apliquen ambas, teniendo en cuenta la que le sea más favorable, siendo en este caso el Acuerdo 049 de 1990.

Lo anterior, dijo, como quiera que resultan más favorables las condiciones de reconocimiento de la prestación en cuanto al monto y porque trae consigo el reconocimiento de prestaciones adicionales como son los incrementos por personas a cargo, razones estas que llevan a determinar que el régimen legal en el que se funda el reconocimiento de la pensión de vejez es el Acuerdo 049 de 1990.

Por ello, advirtió que el derecho de la accionante se causó desde el cumplimiento de los 55 años, el día 29 de agosto de 2009, siendo esto relevante para determinar que conserva el derecho al reconocimiento de la mesada adicional 14, para efectos de la liquidación de la mesada pensional, al ser beneficiaria del régimen de transición se le aplicó lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para efectos de calcular el ingreso base de liquidación al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del **81%** por cuanto la densidad de semanas acreditadas solo permite aplicar este valor en los términos del parágrafo del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990., con lo que, para el 29 de agosto de 2009 tendría una mesada pensional de $325.336, suma inferior a la reconocida, razón por la que, dijo, no hay lugar al reconocimiento de un valor superior.

Finalmente, en cuanto a los incrementos pensionales deprecados, expuso que se acredita el cumplimiento de los presupuestos legales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a ellos, siendo necesario determinar la fecha de su

exigibilidad, por lo que advirtió que la demandante elevó ante la accionada varias peticiones relacionadas con el reconocimiento de los incrementos pensionales, pero no se puede tener estas fechas a efectos de determinar la exigibilidad de lo pretendido, pues para esa data no tenía un derecho pensional consolidado a la luz de lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

COLPENSIONES

Expuso que no es dable acceder a las pretensiones de la actora porque desde el año 2006 se le ha reconocido la pensión de vejez, pero con anterioridad disfrutaba de la pensión especial de invalidez, por lo que muta y modifica su monto, lo que implica que no es dable condenar a un nuevo reconocimiento de dicha prestación.

En lo que respecta al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales, adujo que la sentencia de primer grado se aparta de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, en la medida que dichos incrementos no hacen parte integral de la pensión de vejez, además al desaparecer del ordenamiento jurídico no hay lugar a su reconocimiento.

Finalmente, indicó que desde el año 2009 la demandante ha presentado reclamaciones administrativas ante Colpensiones, solicitando dichos incrementos, por lo que, adicionalmente se encuentran prescritos.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de

apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver el siguiente: ¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993?.

DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES POR PERSONAS A CARGO

El tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo la suscrita era del criterio en punto a considerar, que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un asunto que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación **SU-140 de 2019**, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

En el proceso de tutela que dio origen a esta sentencia unificadora, se acumularon once (11) expedientes, que le sirvieron de sustento a la Corte para unificar la jurisprudencia de dos tesis en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1° de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieren cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1° de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

VII. DEL CASO CONCRETO.

Sea lo primero señalar, conforme los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones al sustentar su recurso, que no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno frente al tema de la pensión especial de vejez por hijo inválido reconocida a la actora mediante Resolución 009238 del 8 de marzo de 2006 (fl. 15-16) pues, si bien en la sentencia apelada se ordenó reconocer dicha prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, el *a quo* expuso en la parte motiva de su providencia que al aplicar dicha normatividad y conforme la densidad de semanas acreditada por la actora al 29 de agosto de 2009, el valor de su pensión resultaría una suma menor a la que efectivamente le fue reconocida y por ello no había lugar al reconocimiento de un valor superior frente a dicha pretensión.

Ahora bien, frente a los incrementos pensionales reconocidos en primer grado, ha de decirse que, al ordenarse el reconocimiento de la pensión de la actora bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 como en precedencia se expuso, al ser la actora beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo expuso el juez de primer grado en su sentencia, debe concluirse que no le asiste el derecho a los incrementos pensionales por personas a cargo con fundamento en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como pasa a exponerse.

Conforme las pruebas arrimadas al proceso, se tiene que el derecho a la pensión especial de vejez por hijo inválido fue causado por la accionante con posterioridad al 1° de abril de 1994, ya que conforme a la Resolución 009238 del 8 de marzo del 2006, se causo a partir del 1° de abril del año 2006 por lo que, conforme al nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, al no consolidarse este beneficio adicional a la pensión con anterioridad a la fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensional, no reúne las condiciones para ser considerado un derecho adquirido que deba ser protegido por la vía judicial.

Recuerda la Sala que, al tratarse de una sentencia de unificación, que constituye un precedente vertical sobre la materia, dado que proviene de un órgano de cierre, concretamente constitucional, es clara la fuerza vinculante que dicha providencia irradia frente a todos los administradores de justicia incluido este tribunal de distrito judicial, quien no puede apartarse de lo allí resuelto, pues este precedente limita la autonomía judicial, en tanto debe respetarse la postura del superior; y si bien pudiera separarse la Sala de tal precedente, con la motivación rigurosa exigida para ello según lo ha indicado la Corte Constitucional, no encuentra razones para hacerlo, al compartir el criterio indicado por el órgano de cierre constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 a que se hizo referencia.

Así las cosas, se tiene que como el demandante goza actualmente de una pensión especial de vejez por hijo inválido la cual, en sede judicial se reconoció con base en el A. 049/90, por ser beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994 resulta claro nitido que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, **se REVOCARÁ EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia y en su lugar se

absolverá a Colpensiones del reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo.

VIII. COSTAS

En esta instancia no se causaron costas. Las de primera instancia se **REVOCARÁN**.

IX. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - REVOCAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha conocidos, para en su lugar, **ABSOLVER** a Colpensiones del reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo, conforme lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se **REVOCAN**.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **DAVID A.J. CORREA STEER**