



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CESAR AUGUSTO LAGOS MUÑOZ** contra **MOSCA STUDIO S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 022 2017 00263 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de junio de 2015 hasta el 7 de agosto de 2016, asimismo que se declarara que los conceptos prima técnica, auxilio de transporte extralegal, comisiones equivalentes al 15% son salario, y en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de las sumas salariales, prestacionales, por concepto de aportes a seguridad social, vacaciones dejadas de percibir, así como la indemnización por despido injusto, sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y por no consignación de cesantías, extra y ultra petita, y costas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar desde el 2 de junio de 2015, que ocupó el cargo de directos de cuentas/comercial a través de un contrato de trabajo a término indefinido hasta el 7 de agosto de 2016, fecha en que terminó sin justa causa atribuible al empleador, que su último salario ascendió a la suma real de \$10.378.589 pesos, el cual se componía del básico mensual y los conceptos prima técnica mensual, auxilio de transporte extralegal y comisiones del 15%; que durante toda la relación laboral los mentados conceptos no fueron utilizados para liquidar sus prestaciones sociales; que al finalizar la relación laboral suscribió un acuerdo el 21 de noviembre de 2016, para el pago por cuotas de la liquidación definitiva y que el mismo fue incumplido.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de agosto de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 29).

La demandada, compareció por intermedio de Curador Ad Litem, quien manifestó no constarle los hechos de la demanda; propuso las excepciones de mérito prescripción, las comisiones y los pagos no constitutivos de salario, el actor debe probar los hechos que dan origen a la demanda e innominada o genérica (fl. 91-96).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 30 de noviembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de junio de 2015 hasta el 7 de agosto de 2016, con un salario devengado de \$3.300.000 pesos y, en consecuencia, condenó al pago de reliquidación de prestaciones sociales, calculo actuarial pensional, indemnización por despido injusto, sanción moratoria por no consignación de cesantías, y del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, las costas y absolvió a la demandada de todas las prestaciones de la demanda.

Consideró, que la relación laboral y los extremos temporales, se extraía del contrato de trabajo, la liquidación definitiva y demás documentales aportadas. Frente al salario, indicó que este era la suma de \$3.300.000 pesos, compuesto por \$1.700.000 pesos como salario básico mensual, \$800.000 pesos por prima técnica mensual y \$800.000 pesos por transporte extralegal. Asimismo, indicó que, si bien se afirmó que devengaba el 15% por concepto de comisiones, no allegó prueba necesaria para que se liquidara en debida forma dicho monto, y establecer cuál era ese 15% a que tendría derecho y que componía el salario, por lo que no salía avante esa solicitud.

Adujo, que al haber sido declarado un salario de \$3.300.000, era procedente condenar al pago del cálculo actuarial en materia

pensional, teniendo en cuenta ese salario como base, por lo tanto, concluyó que era procedente esa condena. Expresó, que el demandante acreditó la terminación del vínculo laboral, sin embargo, la demandada no acreditó la justeza de la terminación, razón por la cual salía avante la indemnización por despido sin justa causa.

En cuanto a las sanciones moratorias, dijo que se encontraba probado el factor objetivo y el subjetivo, puesto que no se acreditó razones atendibles por el empleador que pudiera justificar actos de buena fe para ser exonerada de las mentadas sanciones, por lo que salían avante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, dijo en su inconformidad, que no se tuvo en cuenta las comisiones del 15% para integrar la base salarial de la reliquidación de prestaciones sociales. Asimismo, reveló que la indexación debió aplicarse sobre todos los conceptos devengados y no solo sobre las vacaciones.

Por otro lado, el Curador Ad Litem, interpuso recurso de apelación, solicitó que se revise las documentales aportadas, por cuanto existe una liquidación que contiene una anotación de paz y salvo sobre las obligaciones laborales que devienen del contrato de trabajo, por lo que no se probaba con suficiente que la demandada adeudara esos conceptos. Atacó la decisión en lo que respecta al salario, manifestó no había pruebas suficientes para concluir que los factores dispuestos en la liquidación eran salario.

Por último, dijo que en lo referente a la sanción moratoria hubo una indebida distribución de la carga de la prueba, dado que se aplicó la presunción de la mala fe de la demandada, cuando le correspondía al demandante probar la mala fe.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá varios problemas jurídicos a resolver así: **i)** determinar cuál era el salario real del demandante y de que conceptos se componía el mismo; **ii)** establecer si es procedente o no, la indexación y las sanciones moratorias objeto de condena.

Descendiendo al caso que nos ocupa, y con relación a los pagos que constituyen salario, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo establece que éste no sólo es la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, lo que implica la necesidad de acreditar que los pagos son contraprestación directa del servicio que prestaba el demandante a favor de la convocada.

Por otro lado, es el mismo ordenamiento, que en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que no constituyen salario: *“las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de*

utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

Luego, a pesar de que la norma en principio permite que las partes pacten que algunos pagos no constituyen salario, en forma reiterada la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, ha explicado reiterada e inveteradamente que no se pueden desnaturalizar como no salariales, sumas que en esencia lo son, porque las recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio.

Ahora bien, se duele el apoderado judicial de la parte demandada que a los conceptos prima técnica y transporte extralegal, se le haya dado carácter salarial, puesto que según su dicho no hay prueba suficiente que lleve a colegir esa situación; frente a ello, resulta oportuno traer a colación lo sostenido por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, mediante providencia SL986-2021, se expresó que, “*por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio*”; criterio jurisprudencial que le impone a las partes señalar de forma expresa, clara y detallada que determinados emolumentos no son salario, y al verificar el contrato de trabajo y liquidación definitiva (fl.3-6), más allá de la etiqueta o denominación de tales conceptos, no se observan razones claras y

precisas sobre la prima técnica y auxilio extralegal de transporte, que indiquen por qué no se trata de salario, y cuál era la finalidad de dicho emolumento, por lo tanto, ante la duda de si esos pagos resultaban ser salario, para todos los efectos así se consideran teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial citado, por ende, no habrá lugar a revocar la condena por este concepto.

Asimismo, considera la sala que resulta equivocado el razonamiento del Curador Ad Litem de la demandada, cuando ataca la decisión fundamentándose en que la parte actora no probó que se adeudaran los conceptos pretendidos en la demanda, puesto que es al empleador a quien le corresponde aportar la prueba del pago, ya que una simple nota de paz y salvo, en manera alguna se equipara al pago.

El apoderado judicial de la parte demandante, se duele de que no se hayan tenido en cuenta las comisiones del 15%, a efectos de integrar la base salarial y así proceder con la reliquidación de los emolumentos pretendidos; sin embargo, y muy a pesar de que la cláusula tercera del contrato de trabajo reza *“comisión 15% sobre utilidad de los trabajos realizados a nuevos clientes que sean comercializados efectivamente por el empleado”*, que para todos los efectos entiende la sala que se trata de salario bajo lo expresamente consagrado por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, no es posible establecer el monto de dichas comisiones a partir de esa cláusula, pues en este evento, le correspondía a la parte actora allegar los elementos de juicio suficientes que acreditaran el valor de las utilidades de los trabajos realizados a nuevos clientes, dado que al juez del trabajo no le es dable realizar cálculo o aproximaciones acomodaticias, por lo tanto, no hay lugar a modificar este aspecto de la sentencia.

Por otra parte, en lo que atañe a las sanciones moratorias, considera esta corporación judicial, que esta sanción por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

Ha Señalado la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1451-2018, que: *“La sanción moratoria opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no es de aplicación automática; en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen”*; así mismo, en providencia SL8216-2016, se dijo que: *“La Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe”*.

También, sobre la demostración de la buena fe, Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL194-2019, dijo: *“Tal reflexión resulta desatinada, en tanto reiteradamente esta Corporación ha sostenido que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta. Así se presentó en la sentencia CSJ SL 32416, 21 sep. 2010: Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es*

dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.”

En el caso materia de análisis, el Curador Ad Litem, ataca la decisión por cuanto no es al empleador a quien le atañe probar la buena fe, sino que es al trabajador que le corresponde acreditar la mala fe del empleador; razonamiento este que resulta erróneo, puesto que como se vio con el anterior criterio jurisprudencial citado, es al empleador a quien le corresponde aportar razones atendibles que justifiquen su actuar; carga esta, a la que estaba obligada la sociedad demandada y no cumplió, pues no hubo un solo elemento de juicio que justificara las razones que lo llevaron a sustraerse de la inclusión de los factores salariales para liquidar las prestaciones sociales, por lo que no hay lugar a modificar la condena impuesta.

Por último, el apoderado demandante también manifestó su inconformismo frente a la decisión, en lo atinente a que debió ordenarse la indexación por los conceptos condenados por prestaciones sociales, y no solo de vacaciones; sin embargo, no le asiste razón al apoderado judicial, en vista de que la sanción moratoria es excluyente con la indexación de prestaciones sociales, toda vez que ambas van dirigidas a compensar el factor inflacionario de las prestaciones sociales, por lo tanto, no hay lugar a gravar nuevamente al empleador por ese mismo concepto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SENTENCIA: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARCO FIDEL PARRA ACOSTA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00578 01

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

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto N° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados: MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente:

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **SHASHA RENATA SLEH MORA**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 21 reverso (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condenara a COLPENSIONES a devolver la suma resultante del excedente no pagado por concepto de los aportes enviados por el BANCO BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por valor de \$17.460.507 pesos. Asimismo, solicitó la indexación, gastos y costas procesales.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que realizó cotizaciones a pensión en la A.F.P. HORIZONTE S.A., y que ésta, el día 29 de junio de 2011, le comunicó que el valor total de su patrimonio, \$17.460.507 pesos, fue enviado a COLPENSIONES, entidad que, mediante Resolución n.º101333 del 13 de febrero de 2012, le reconoció una indemnización sustitutiva en cuantía de \$873.015 pesos, que posteriormente fue reliquidada a través de resolución GNR 115510 del 1 de abril de 2014, en donde le reconocieron un valor único de \$5.490.184 pesos; que presentó reclamación administrativa sobre lo pretendido y le fue negada. Por último, mencionó que nunca había cotizado en pensión, ni en salud en COLPENSIONES.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de enero de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 33).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor, asimismo manifestó que no le constaban los hechos 1 y 2, y aceptó como ciertos los hechos 3, 4, 5, 6 y 7. Propuso las excepciones de mérito prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fl.36-41).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 20 de abril de 2021, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas y declaró probadas las excepciones de mérito propuestas, sin condena en costas.

Fundamentó la decisión, al manifestar básicamente que la figura de devolución de saldos consagrada en el régimen de ahorro individual con solidaridad es diferente a la indemnización sustitutiva del régimen de prima media con prestación definida, y que al encontrarse afiliado el demandante en COLPENSIONES y revisada la Resolución n.º GNR 302354 del 29 de agosto de 2014, se evidenció que COLPENSIONES aplicó la normativa vigente para la liquidación de la indemnización sustitutiva del demandante, lo cual resulta correcto, y no como lo pretende el demandante, esto es, el pago del valor dejado de pagar sobre los \$17.460.507 pesos, girados por la A.F.P. HORIZONTE S.A. a COLPENSIONES por concepto de

aportes a pensión que reposaban en su cuenta de ahorro individual por no tratarse de la figura de devolución de saldos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, manifestó que no se tuvo en cuenta la Circular n.º 058 que lo habilitó en el fondo horizonte y que, por tanto, si se hubiese analizado correctamente su caso, se concluiría que el fondo en que realmente se encontraba afiliado es HORIZONTE, por tanto, COLPENSIONES no debió haber liquidado los aportes, sino que le correspondía aquel fondo.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico, el verificar si a la parte actora le asiste derecho a no a las diferencias que resulten entre las sumas pagadas por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y el valor enviado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, que se encontraban consignados a su nombre.

Al revisar las pruebas documentales obrantes en el expediente, observa esta corporación judicial que milita comunicación dirigida por el BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías dirigida al

demandante (fl. 4), en la cual se le informa que entre un cruce de información con el I.S.S. A fin de solucionar los casos de múltiple afiliación, se pudo determinar que se encuentra afiliado al I.S.S., razón por la cual el 28 de junio de 2011, se realizó el pago de los aportes que se encontraban consignados a su nombre por valor de \$17.460.507 pesos incluido los rendimientos generados, al I.S.S. hoy COLPENSIONES.

Ahora bien, la parte demandante indica en su recurso de alzada que, el fondo en el que debía estar afiliado es HORIZONTE, sin embargo, advierte la sala que se trata de un asunto que no fue planteado en los hechos, ni en las pretensiones de la demanda, por lo que, bajo el principio de seguridad jurídica, no se podría en esta instancia determinar la procedencia de un traslado de régimen pensional, porque ello iría en detrimento del derecho fundamental a la defensa de la enjuiciada.

Se duele básicamente la parte actora, que si bien COLPENSIONES, le reconoció a través de la Resolución n.º GNR 115510 del 1.º de abril de 2014, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$5.490.184 pesos, la misma, se encontraba mal liquidada, por cuanto el BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías le giró al I.S.S., hoy COLPENSIONES, la suma de \$17.460.507 pesos, de suerte que le hace falta la diferencia dejada de pagar, esto es, la suma \$11.970.333 pesos que pretende en el libelo.

Considera esta corporación judicial, que no le asiste razón a la parte actora, por cuanto el hecho que el BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías le haya girado todo el capital junto con los rendimientos que reposaban en la cuenta individual del afiliado demandante al I.S.S., hoy COLPENSIONES, en cuantía de \$17.460.507 pesos, no

por ello, se debe colegir indiscutiblemente que esa suma de dinero corresponda a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por cuanto su valor depende exclusivamente de la fórmula establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, esto es, lo “*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*”.

Aunado a ello, encuentra la sala que en la Resolución n.º GNR 302354 del 29 de agosto de 2014, que negó la reliquidación pretendida, COLPENSIONES le indicó al demandante que tuvo en cuenta para su liquidación 143 semanas cotizadas a la cual le aplicó la siguiente fórmula “*indemnización = [(ingreso base liquidación/30)x7]x(días/7)x(promedio porcentajes de cotización)*”, fórmula esta que después de revisada, se compagina con lo señalado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a conceder lo pretendido por del demandante. Por lo que habrá lugar a confirmar la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 20 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARMEN LIDIA CÁCERES DÍAZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 036 2019 00260 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condenara a COLPENSIONES, a una pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, bajo los presupuestos del Convenio Colombia España, a partir del 1.º de enero de 2016, debidamente actualizada.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de febrero de 1947; que el 31 de diciembre de 2014, acreditó 1.016 semanas cotizadas al sistema; que al 25 de julio de 2005, tenía 816,3 semanas cotizadas; que el 20 de junio de 2013, solicitó en Madrid-España el reconocimiento de la pensión de vejez en el marco del convenio Colombia-España, y el 28 de junio de 2013, el Instituto Nacional de la Seguridad Social – Madrid, mediante Resolución le negó la pensión de jubilación; que mediante Resolución n.º GNR 188078 del 19 de julio de 2013, COLPENSIONES, negó el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada el 20 de junio de 2013; que mediante Resolución n.º GNR 183895, COLPENSIONES niega la pensión de vejez convenio Colombia – España, por acreditar 926 semanas; que el 5 de octubre de 2015, solicitó la corrección de la historia laboral y el 28 de marzo de 2016, reitera la solicitud incluyendo el periodo el 01/09/1967 al 01/04/1970, la cual fue negada porque COLPENSIONES indicó que corresponde a cotizaciones únicamente de salud; que presentó el 24 de junio de 2016, solicitud de recuperación de semanas por omisión de la empleadora fallecida Nelsa Slendy Puentes De Nieto; posteriormente, relató que radicó nuevamente solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación teniendo en cuenta el convenio entre Colombia y España, las cuales fueron negadas, muy a pesar de que interpuso los recursos de reposición y apelación contra las resoluciones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de agosto de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 153).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor, asimismo manifestó que no le constaban los hechos, salvo los enumerados 1,10,11,13-22,24-27,30-35 los cuales manifestó que son ciertos. Propuso las excepciones de mérito presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, Buena fe, Prescripción, No configuración de intereses moratorios e indexación, Innominada o genérica (fl.160-176).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 15 de febrero de 2021, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante.

Fundamentó la decisión, al manifestar básicamente que aun cuando la demandante es beneficiaria al régimen de transición por tener más 35 años a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no reunía el requisito de las 500 semanas durante los últimos 20 años al cumplimiento de la edad de pensión, así como tampoco las 1000 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2014 o las 1.300 semanas requeridas con posterioridad a dicha calenda, para acceder a la pensión de vejez.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sala tendrá como problema jurídico, el verificar si a la parte actora le asiste derecho a no, a la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Reclama la demandante, una pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Teniendo en cuenta ese régimen, a la demandante le corresponde acreditar 55 años, y 1.000 semanas cotizadas en todo el tiempo de su vida laboral o 500 semanas en los últimos 20 años previos al cumplimiento de la edad, que para el caso es, entre las fechas 21 de febrero de 1982 al 21 de febrero de 2002, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1947 (fl.62).

Ahora bien, para la causación de la pensión de vejez, se requiere la configuración de los dos requisitos establecidos por el legislador, que son las semanas cotizadas o tiempo de servicio y la edad. Lo cual resulta relevante, por cuanto en principio la demandante es beneficiaria al régimen de transición por tener acreditado más de 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1.º de abril de 1994; sin embargo, se advierte que el Acto Legislativo n.º 001 de 2005, introdujo adiciones al artículo 48 de la Constitución Política, limitando el régimen hasta el 31 de julio de 2010, extendiéndolo hasta el 31 de diciembre de 2014, sólo para aquellas personas que a la fecha de expedición, esto es, 25 de julio de 2005, contaran con 750 semanas cotizadas.

De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES a fecha 12 de septiembre de 2019 (fl.

194), así como los formatos CLEBP aportados en el expediente administrativo (fl. 193), correspondientes a los periodos de servicio prestados por la demandante a la Contraloría de Bogotá D.C., al DANE y Caja de Previsión Social; en igual sentido, el tiempo de servicio prestado por la demandante bajo el convenio Colombia-España conforme a la Ley 1112 de 2006 (fl.131-134), se extrae la siguiente vida laboral de la actora,

Entidad	Desde	Hasta	N. días	Semanas
BUCHHOLZ Y CIA LIBRE	01/09/1969	01/04/1970	213	30,43
DANE	16/08/1970	11/11/1975	1886 ¹	269,42
DANE	22/11/1975	18/04/1976	147	21
DANE	24/04/1976	31/01/1979	997	142,42
CONTRALORIA B. FUND. TEC. AUTONOMA	14/04/1981	06/04/1983	629 ²	88,57
CAJA PREV SOC CENT	05/10/1984	12/10/1985	373	53,29
CAJA PREV SOC CENT	16/01/1991	31/01/1992	381	54,42
CAJA PREV SOC CENT	01/02/1992	31/10/1992	274	39,14
CAJA PREV SOC CENT	01/11/1992	31/12/1992	60	8,58
CAJA PREV SOC CENT	01/01/1993	01/03/1993	60	8,58
Maria Claudia Nieto	01/07/1996	16/07/1996	16	2,29
Maria Claudia Nieto	01/08/1996	31/12/1996	150	21,42
Maria Claudia Nieto	01/01/1997	30/06/1997	180	25,714
Maria Claudia Nieto	01/07/1997	14/07/1997	14	2
Carmen Lidia Caceres	01/03/1998	31/03/1998	30	4,29
Carmen Lidia Caceres	01/06/2000	30/06/2000	30	4,29
Carmen Lidia Caceres	01/07/2000	31/07/2000	30	4,29
Carmen Lidia Caceres	01/09/2000	30/09/2000	30	4,29
Carmen Lidia Caceres	01/11/2000	30/11/2000	30	4,29
Convenio España	17/07/2006	17/09/2006	63	9
Convenio España	10/10/2006	28/03/2007	170	24,28
Convenio España	09/05/2008	14/07/2010	797	113,85
Carmen Lidia Caceres	01/01/2014	31/12/2014	360	51,42
Carmen Lidia Caceres	01/01/2015	31/12/2015	360	51,42
Carmen Lidia Caceres	01/01/2016	31/07/2016	210	30
Carmen Lidia Caceres	01/08/2016	30/09/2016	60	8,58
Carmen Lidia Caceres	01/10/2016	31/12/2016	90	12,85
Total			7.640	1.091,4
Total semanas al 25/07/2005				790
Total semanas al 31/07/2010				937,14
Total semanas al 31 de diciembre de 2014				988,57
Total semanas entre el 21 de febrero de 1982 al 21 de febrero de 2002				252

¹ Interrupción de 45 días, Ver expediente administrativo (fl.193)

² Interrupción por 93 días, Ver expediente administrativo (fl.193).

Así, si bien la demandante cumplió 55 años el 21 de febrero de 2002, es decir, mucho antes de la entrada en vigor del acto legislativo el 31 de julio de 2010, se observa que no cuenta con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, puesto que, entre el 21 de febrero de 1982 al 21 de febrero de 2002, se reflejan 252 semanas, y si bien al 25 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas, lo cierto es ,que al 31 de julio de 2010, solo tenía 937,14 semanas y al 31 de diciembre de 2014, solo acreditó 988,57, densidad de semanas que resultan insuficientes para acceder a la pensión de vejez, bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Por otro lado, se resalta además, que a la actora no le fue posible causar su derecho pensional bajo el régimen de transición, también corre la misma suerte bajo la preceptiva del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 31 de diciembre de 2016, última cotización reflejada en el sistema de acuerdo al reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES (fl. 194), solo contaba con 1.091,4 semanas cotizadas, que están por debajo de las 1.300 semanas exigidas para causar la pensión de jubilación bajo el nuevo régimen.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a conceder lo pretendido por del demandante. Por lo que habrá lugar a confirmar la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLORIA AIDDE CARRERO LÓPEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 037 2019 00605 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condenara a COLPENSIONES, a reconocer y pagar los valores correspondientes a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente o devolución de los aportes efectuados por su padre Miguel Carrero al régimen general de pensiones entre el 28 de septiembre de 1978 al 31 de marzo de 2018, debidamente indexados, condenas extra y ultra petita, así como las costas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que su papa Miguel Carrero nació el 26 de enero de 1953; que cotizó en el régimen de prima media con prestación definida desde el 28 de septiembre de 1978 hasta el 31 de marzo de 2018, un total de 1.212 semanas; que su madre Guadalupe López falleció el 29 de agosto de 2013, y su papa falleció el 9 de abril de 2018; que presentó reclamación administrativa y le fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de septiembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 45).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor, asimismo aceptó los hechos, pero aclaró que la demandante no es beneficiaria del causante. Propuso las excepciones de mérito prescripción, presunción de legalidad de los

actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica (fl. 48-53).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 17 de marzo de 2021, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, y condenó en costas al demandante.

Fundamentó la decisión, al manifestar básicamente que de acuerdo al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la actora no tenía la calidad de beneficiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, puesto que a pesar de que tenía la calidad de hija del señor Miguel Carrero (QEPD), no era menor de 18 años, tampoco era mayor y menos de 25 años con calidad de estudiante, y mucho menos, tenía la calidad de invalida dependiente económicamente del causante al momento de su muerte; amen de que la figura de indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, no se equipara a la figura de devolución de saldos, por tratarse de dos regímenes pensionales diferentes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, declaró que tanto el régimen de ahorro individual con solidaridad y el régimen de prima media con prestación definida, deben observarse como una sola unidad normativa; además, que no es posible que los dineros por concepto de aportes realizados por el causante no puedan ser devueltos habida cuenta que son dineros que están destinados a

los afiliados, beneficiarios y herederos, y al haber sido acreditada la condición de heredera, no se le pueden exigir requisitos para la pensión de sobreviviente, porque no es esa la prestación que se está solicitando, sino reconocerle el pago de tales conceptos.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico, verificar, si a la parte actora le asiste derecho o no, a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

En tratándose de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente en el régimen de prima media con prestación definida, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, establece que: *“los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley”*; de tal manera, que en lo que respecta a los hijos, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, solamente concede ese beneficio a *“los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del*

causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales~~, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”, puesto que quienes no reúnan las condiciones allí previstas, no tienen derecho a tal prestación económica.

Al revisar las pruebas documentales obrantes en el expediente, observa esta corporación judicial que el señor Guillermo Carrero cotizó al régimen de prima media con prestación definida un total de 1.212,29 semanas (fl. 12), y que falleció el 9 de abril de 2018 (fl.22); también, se evidencia que la demandante acreditó la calidad de hija del señor Guillermo Carrero (fl.24), y que, a la fecha del fallecimiento de este, la demandante tenía la edad de 37 años (fl.23).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera esta Sala que la demandante, no reúne las condiciones para ser beneficiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, porque si bien tiene la calidad de hija del causante, a la fecha del fallecimiento tenía más de 25 años, sin que haya acreditado la condición de invalida con dependencia económica, por lo que resulta imposible acceder a las pretensiones de la demanda.

Aunado a ello, es importante precisar que no le asiste razón al apoderado judicial de la demandante cuando manifiesta que los dos regímenes pensionales no son diferentes, por cuanto fue el legislador quien se encargó de caracterizarlos de acuerdo al artículo 32 y al literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en donde específicamente se hace énfasis que mientras en el régimen de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados constituyen un fondo común, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, cada afiliado posee una cuenta de ahorro, cuyos efectos patrimoniales son totalmente diferentes entre uno y otro fondo, por tanto, si bien la actora ante la falta de acreditación de la calidad de beneficiaria de los

requisitos exigidos para la pensión de sobreviviente, podría tener eventualmente derecho en calidad de heredera al capital ahorrado en la cuenta individual del causante, esa situación no es aplicable en el régimen de prima media con prestación definida que fue el último lugar en el que estuvo afiliado el causante, pues sus aportes constituían un fondo común, y no un patrimonio autónomo propiedad del afiliado.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a conceder lo pretendido por el demandante. Por lo que no habrá lugar a revocar la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA ELISA MORALES AGUILAR** contra la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**.

EXP. 11001 31 05 017 2018 00505 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2021 por el Juzgado 17.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido entre las partes procesales, que la demandante prestó sus servicios de manera personal e ininterrumpida a la demandada entre el 6 de marzo de 2002 y el 26 de septiembre de 2016, en el cargo de auxiliar de aseo de servicios generales, con un último salario devengado de \$644.350, que dicho contrato fue terminado por la empleadora de forma unilateral y sin justa causa, que la demandada incumplió sus obligaciones patronales de pago de salarios desde septiembre de 2014 hasta septiembre de 2016, de pago de prima desde 2013 hasta septiembre de 2016, de los intereses de cesantía desde 2014 hasta septiembre de 2016, y de la entrega de dotación, y del pago del auxilio de cesantía, de las cotizaciones debidas a los sistemas de seguridad social a lo largo de toda la relación laboral, y de la liquidación del contrato.

Pidió, en consecuencia, que se condene a la demandada a pagar los salarios dejados de percibir desde septiembre de 2014 hasta el final del contrato, el auxilio y los intereses de cesantía de toda la relación laboral (sic), la sanción por incumplimiento en el pago de los intereses de cesantía, la prima de servicios desde 2013, la liquidación del contrato, la indemnización por no pago de prestaciones laborales, la indexación de las obligaciones en dinero, los aportes a pensión obligatoria debidos en diversos meses desde el 2008; a compensar monetariamente la dotación nunca recibida, los aportes en salud y riesgos laborales, al pago de las costas y agencias en el derecho, y al pago de lo *ultra y extra petita* que se halle probado en el proceso (archivo 2, págs. 6-10).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 6 de marzo de 2002, y lo ejecutó hasta el 26 de septiembre de 2016, en el cargo de auxiliar de aseo de servicios generales; que su último salario fue de \$644.350 mensuales. Aseveró, que la demandada incumplió con el pago de salarios y prestaciones sociales desde septiembre de 2014, y aún no ha saldado tal deuda; y que el 26 de septiembre de 2016 comunicó la terminación inmediata, unilateral sin justa causa del contrato de trabajo.

Adujo, que la demandada no pagó las primas de servicios desde 2013, no reconoció, dio goce o compensó las vacaciones de los años 2014 a 2016, no pagó auxilio o intereses de cesantía, ni calculó o pagó liquidación con la terminación del contrato de trabajo, que no ha realizado de manera oportuna y completa los aportes a seguridad social, ni dio dotación (*idem*, págs. 5-6).

II. TRÁMITE PROCESAL

El 4 de octubre de 2018, el Juzgado 17.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C. inadmitió la demanda (*idem*, pág. 47), por lo cual la demandante la subsanó (*idem*, págs. 49-50). Tras esto, el 28 de enero de 2019, el Juzgado admitió la demanda, reconociéndose personería al apoderado de la demandante, ordenándose la notificación personal y el traslado a la demandada (*idem*, pág. 52).

Sin embargo, a pesar de entrega de citatorio para notificación personal, y de aviso, la demandada no se notificó, por lo cual, el 6 de diciembre de 2019, fue designado curador *ad litem* y se ordenó el emplazamiento de la demandada, conforme al artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (*idem*, págs.74-75). El 31 de enero de 2020, fue designada la curadora (*idem*, pág. 80).

Con todo, el 1.º de julio de 2020, la demandada **Fundación Universitaria San Martín** se notificó personalmente, y contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, excepto a la de la declaración del contrato de trabajo, y proponiendo las excepciones de Buena fe, Cobro de lo no debido, Compensación y Prescripción (*idem*, págs. 98-107).

El 4 de agosto de 2020, el Juzgado inadmitió la contestación de la demanda, reconoció personería al apoderado de la demandada, y declaró notificada a la demandada por conducta concluyente (*idem*, págs. 139-140). Tras esto, el 10 del mismo mes y año, la demandada subsanó la contestación (*idem*, págs. 143-144), y el 12 de noviembre el Juzgado tuvo por contestada la demanda, y citó a audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social para el 16 de febrero de 2021 (*idem*, págs. 145-146). En ella se citó a audiencia para proferir sentencia el 26 de abril de 2021 (*idem*, págs. 172-173).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de abril de 2021, el Juzgado 17.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia, en la cual declaró el contrato de trabajo a término indefinido entre las partes procesales, el cual terminó unilateralmente y sin justa causa por el empleador. Condenó a la demandada al pago de salarios insolutos, auxilio e interés de cesantía, primas de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y sanción por no consignación de las cesantías, con las condenas indexadas. Condenó también a consignar los aportes a pensiones de determinadas mensualidades, absolvió de las demás pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la demandada.

Para llegar a esa decisión, se determinó primero la fecha de terminación del contrato de trabajo. Por cuanto no hubo prueba que llevara a la fecha inicialmente alegada por la demandante, se determinó que el contrato realmente terminó el 20 de diciembre de 2015, por haberse expresado de manera incontestada en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante.

Respecto de la prescripción alegada por la demandada, se declaró para todas las prestaciones laborales adeudadas antes del 16 de febrero de 2013, 3 años antes de la fecha de la presentación de la demanda, momento en el cual se interrumpió la prescripción de los derechos, por cuanto la notificación del auto admisorio a la demandada se dio dentro del término de un (1) año desde la notificación del mismo a la demandante, de acuerdo con los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, y 94 del Código General del Proceso. Sin embargo, esto no aplica para la compensación de vacaciones y el auxilio de cesantía, por cuanto estos eran exigibles desde el fin de la relación laboral, y ello los deja sin prescribir.

A partir de los documentos, se coligió que a la demandante le fueron pagados salarios hasta octubre de 2014, por lo cual deberán pagarse los causados entre el 1.º de noviembre de 2014 y el 20 de diciembre de 2015, por cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. También, se observó que no se consignó el auxilio de cesantías en 2012, 2014 y 2015, los intereses de cesantía no fueron pagados entre 2013 y 2015, y la prima de servicios no fue pagada entre el 1.º de julio de 2014 y el 20 de diciembre de 2015; por lo cual, todas estas prestaciones deberán pagarse.

La compensación de vacaciones deberá realizarse, por cuanto no fueron disfrutadas durante el año 2015. Deberá imponerse

sanción por no consignación de cesantías, en el tiempo señalado de deuda hasta el 20 de diciembre de 2015, sin incluir sanción sobre las cesantías causadas durante 2015. Hubiera sido impuesta compensación por la dotación no disfrutada, pero no fue probado su valor, por lo cual se absolverá de ella. Respecto de la indemnización por despido sin justa causa, se encontró que no había justificación en el desorden administrativo interior a la demandada, por lo cual también deberá condenarse en este aspecto.

Finalmente, respecto de los aportes a seguridad social, se encontró que la empleadora no realizó el pago de los aportes a pensión oportunamente en determinados meses, por lo cual se condenará a su pago al régimen pensional de la demandante, en cuantía determinada según cálculo actuarial realizada por la entidad; y, respecto de los subsistemas de salud y riesgos laborales, no se condenó por cuanto sólo procede mientras dura la relación laboral.

La indemnización moratoria sólo procede cuando es causada por la mala fe del empleador, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En este caso, el Juzgado observó que la Resolución n.º 1702 de 10 de febrero de 2015, del Ministerio de Educación Nacional, ordenó la suspensión de pagos a cargo de la demandada, de modo que la falta de pago obedeció a la orden administrativa. Por esto, se encontró justificada la conducta, y no se condenó a esta indemnización.

Todas las condenas deberán indexarse, para cubrir la pérdida del poder adquisitivo, con el índice inicial siendo el del 20 de diciembre de 2015. Por su parte, el resto de las excepciones se hallaron no probadas (archivo 4.1, mins. 7:00-50:00).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante, apeló respecto de la no declaratoria de moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de la fijación del extremo final de la relación laboral, y de la falta de pronunciamiento del juez *a quo* frente a los aportes pensionales que se adeudarían del año 2014. Como argumentación, señaló que debería tenerse en cuenta la carta de terminación del contrato, la cual tiene fecha de 26 de septiembre de 2016; y expuso que los institutos de salvamento aplicados a la demandada no constituyen causal del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, que serían las únicas que pueden suspender las obligaciones laborales, como para generar falta de moratoria. Por el contrario, apuntó, que la demandada habría sido negligente en su actuar administrativo, y en el abandono en que dejó a sus trabajadores. Habría sido desleal, y debería condenarse a la indemnización pedida.

La demandada, apeló mencionando que en realidad la terminación del contrato se habría dado el 20 de diciembre de 2014, de acuerdo con la aplicación de los institutos de salvamento por el Ministerio de Educación (*idem*, mins. 50:00 y ss).

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del Tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por los recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos revisar la fijación

del momento de terminación del contrato de trabajo entre las partes, verificar si se debe declarar o no la moratoria del pago de la liquidación de las prestaciones laborales adeudadas del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, establecer si se debe dictar una orden, o no, respecto de los aportes pensionales del 2014, y proveer correspondientemente en derecho conforme con lo que se determine.

Sobre la definición del extremo final de la relación laboral entre las partes, es de decir que, para 19 de septiembre de 2016, la demandada reconoció la existencia de relaciones jurídicas que habrían podido dar lugar a derechos económicos a favor de la demandada, causados con anterioridad al 12 de febrero de 2015 (archivo 2, pág. 27). A su vez, la demandada reconoció que la relación habría terminado el 19 de enero de 2015, en comunicación de 26 de septiembre de 2016 (*idem*, págs. 30, 108 y 137).

Ya en el marco de la audiencia de trámite y juzgamiento de la primera instancia, regulada por el artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la demandada afirmó, de acuerdo con el interrogatorio de parte absuelto por ella, que el aviso del despido fue verbal, y ocurrió en la fecha señalada en los documentos. Ahora bien, también según ella, su desorden administrativo entre 2014 y 2016, habría ocasionado que apenas para septiembre 26 de este último año se diera carta de terminación del contrato de trabajo (audiencia inicial, min. 23:30 y ss).

Por su parte, la demandante, en el interrogatorio de parte que absolvió, adujo que a ella y a otros empleados de la demandada los despidieron el 20 de diciembre de 2015, y que “la carta” le llegó en enero, sin especificar cuál carta (*idem*, min. 37-44). Sin embargo, en el mismo interrogatorio, la demandante manifestó dudas respecto de si el despido ocurrió en 2014 o en 2015, aclaró que no tenía precisión

sobre la fecha, y adicionó que venía padeciendo requiebros de memoria (*idem*, min. 47), si bien expresó que desde junio de 2015, buscaba empleo.

Considerando la totalidad de las pruebas disponibles, para el objeto de establecer el extremo final de la relación laboral se preferirá la confesión que hizo en varios documentos la demandada, según la cual el contrato terminó el 19 de enero de 2015, por cuanto se manifiesta mayor certeza, claridad y coherencia en esa posición que en la afirmada por la demandante, y se halla dentro del marco temporal sugerido por la misma parte actora.

En relación con la indemnización moratoria, la demandante solicitó imponer condena por el periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 2016 y el momento de pago; mientras que la demandada solicitó la absolución.

En primer lugar, según lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y conforme lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es deber del trabajador que gana más de un salario mínimo mensual dar inicio al proceso ordinario dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del contrato, con el fin de obtener el pago de los salarios y prestaciones adeudados, si lo que pretende es obtener el pago de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora. De lo contrario, solo tendrá derecho a los intereses moratorios, «*a partir de la terminación del contrato de trabajo*», a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera (CSJ, SL, 6 may. 2010, rad. 36577, SL, 25 jul 2012 rad. 46385, SL458 y SL516 de 2013, SL10632 y SL16280 de 2014).

Sumado a lo anterior, es pertinente recordar que la sanción moratoria no es de aplicación automática, como lo afirmó el *a quo*, sino que debe analizarse la conducta del empleador incumplido (CSJ SL12854-2016).

Como *supra* se determinó, en el presente asunto, el vínculo laboral aquí discutido terminó el 19 de enero de 2015, por lo que la demanda debió haberse instaurado a más tardar el 18 de enero de 2017, con el objetivo de obtener la indemnización moratoria de un día de salario por día de retraso. No obstante, conforme al acta de reparto, el demandante acudió ante la jurisdicción el día 27 de agosto de 2018 (archivo 2, pág. 1); por lo cual, dado que no yace en el plenario, ni fue opuesto en el debate procesal, argumento alguno que estableciera la imposibilidad de realizar y pagar la liquidación de este contrato de trabajo, debería aplicarse la sanción moratoria aplicando intereses moratorios a partir de la terminación del contrato de trabajo.

En consecuencia, habría de modificarse el numeral 4.º de la sentencia apelada, para condenar a la entidad demandada a pagar a la demandante los intereses moratorios a partir de la terminación del contrato de trabajo, esto es, desde el 19 de enero de 2015, liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De otra parte, mediante Resolución n.º 1702 del 10 de febrero de 2015, el Ministerio de Educación Nacional, en aplicación del artículo 14 de la Ley 1740 de 2014, ordenó la aplicación de institutos de salvamento para la protección temporal de los recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín, en el marco de la vigilancia especial dispuesta en la Resolución n.º 00841 de 19 de enero de 2015. En consecuencia, dispuso la suspensión de los pagos de las

obligaciones de la universidad que hubieran surgido con anterioridad a la fecha de expedición del primer acto administrativo referido, «salvo los que sean autorizados por ser necesarios para el restablecimiento del servicio educativo en condiciones de calidad, de acuerdo con la planeación que haga el Ministerio de conformidad con el artículo 14 numeral 4º de la Ley 1740 de 2014» (numeral 6 del artículo primero de la Resolución 1702 de 2015). El contenido de las resoluciones antes mencionadas puede ser consultado en la página web tanto del Ministerio de Educación Nacional como de la universidad demandada.

Por esto, deberá condenarse al pago de la indemnización por moratoria en el pago de la liquidación del contrato de trabajo, dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo hasta el 10 de febrero de 2015, con ocasión de la adopción de la Resolución n.º 1702 del Ministerio de Educación Nacional de ese mismo año, mediante la cual el Gobierno Nacional suspendió el pago de la totalidad de las obligaciones causadas con anterioridad a esa fecha en contra de la Fundación, en el marco de las disposiciones de las Leyes 30 de 1992 y 1740 de 2014; por cuanto, con posterioridad a dicha data, existió una imposibilidad legal de efectuar el pago de lo adeudado al demandante, dado que se debe encargar de cubrir con los recursos (bienes y rentas), administrados en su totalidad por la Fiduciaria Alianza y destinados a conservar el equilibrio de la institución, las obligaciones que estaban a cargo de la Fundación antes de su intervención (Resoluciones n.º 4683, 10039 y 20437 de 2016 y Decretos 1075, adicionado por el 2070, ambos de 2015), lo que sí constituye una forma ordinaria de extinción de las obligaciones de carácter sancionatorio; por lo que, a partir de allí, mal podría hablarse de mala fe de parte de la Fundación. Por esto, la indemnización se calculará solo con la medida de un día de salario por día de retraso.

Esto, pese a que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas, pues la solicitud de promoción de acuerdo en una situación de insolvencia, o, en particular, las medidas adoptadas por las autoridades que impidan la libre movilidad de los recursos de las empresas -en sentido lato-, se constituyen en una justificación para aplazar el pago de las obligaciones insolutas (CSJ SL16280-2014).

A su vez, respecto del pago de aportes de pensiones de la demandada a la cuenta de la demandante, se evidencia en el Reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, actualizado a 22 de agosto de 2017, que la demandada dejó de pagar aportes a pensiones causados posteriormente al 31 de marzo de 2012 (*idem*, pág. 40; esto, se reitera en la planilla de aportes a seguridad social pagados por la demandada, en págs. 115-119). Es decir, que la demandada adeudaría los aportes a pensiones desde abril de 2012, hasta el momento de terminación del contrato de trabajo.

A su vez, el interrogatorio de parte absuelto por la parte demandada confesó el no pago de los aportes de pensión del año 2014 (audiencia inicial, min. 30 y ss.), y su condena fue efectivamente pretendida en el escrito de demanda, por lo cual deberá adicionarse la sentencia de primer grado para condenar también en este aspecto, y de manera conforme con los argumentos esgrimidos por la sentencia de primer grado para los demás periodos adeudados por la demandada.

Ahora bien, dada la modificación del extremo temporal final de la relación laboral, la sentencia de primer grado deberá ser íntegramente modificada, para mantenerla en derecho. Por esto, se modificará el numeral primero, declarando la relación laboral solo hasta el 19 de enero de 2015. También será modificado el numeral

segundo, en la medida en que no deberán cobrarse las prestaciones que se habrían causado entre el 20 de enero y el 20 de diciembre de 2016, correspondientes a 331 días.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, respecto del extremo temporal final de la relación laboral, en el sentido de que deberá entenderse culminada el 19 de enero de 2015.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, de modo que condena a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** a pagar a la demandante:

- a. \$8.008.000, por salarios insolutos.
- b. \$1.250.426, por auxilio de cesantía.
- c. \$365.137, por intereses de cesantías.
- d. \$394.893, por primas de servicios.
- e. \$19.688, por compensación en dinero de vacaciones.
- f. \$5.743.582, por indemnización por despido sin justa causa.
- g. \$6.877.733, por sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo.
- h. La indexación de todas las condenas.

TERCERO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia de primer grado, mediante el establecimiento de condena a la demandada **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, a consignar a órdenes de la administradora de pensiones a la que se encuentre vinculada la actora, en el régimen pensional al que se encuentre afiliada, y, previo calculo actuarial los aportes a pensión de **todo el año 2014**; de acuerdo a las pautas que le exija la entidad administradora de fondos de pensiones destinataria de los pagos, y entendiendo que se trata de cotizaciones en mora, sobre un ingreso base de cotización equivalente al salario mínimo.

CUARTO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia de primer grado, mediante el establecimiento de condena a la demandada **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** de pagar \$451.045 por concepto de indemnización moratoria por no pago oportuno de liquidación, por mora comprendida entre el 20 de enero de 2015 y el 10 de febrero de 2015. Esta condena deberá ser indexada.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás, la parte resolutive de la sentencia de primer grado.

SEXTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SÉPTIMO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*)Hipervinculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EiIcN1tn9etEpfb1bYWN5RIBlmf9rVQErXrxyzd0fUBAw?e=FrMvLo](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EiIcN1tn9etEpfb1bYWN5RIBlmf9rVQErXrxyzd0fUBAw?e=FrMvLo)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JUAN GREGORIO ELJACH PACHECO** contra **FONPRECON, PROTECCIÓN S. A., COLPENSIONES Y PORVENIR S. A.**

EXP. 11001 31 05 002 2019 00112 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Fonprecon, respecto de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 10 del expediente.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado realizado a la A.F.P. PORVENIR S.A., y por consiguiente, se declarase la ineficacia de los posteriores traslados horizontales efectuados a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y nuevamente, a PORVENIR S.A.; como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condenara a PORVENIR S.A. a reintegrar a FONPRECON todos los valores que hubiese recibido a causa del traslado, tales como aportes, rendimientos, intereses, bonos pensionales y gastos de administración, y así mismo, se ordene a FONPRECON a afiliarse al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se vinculó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 15 de marzo de 1989, en el cual cotizó 58 semanas, hasta que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. el 1.º de julio de 1994.

Manifestó, que el asesor de la mencionada A.F.P. no le brindó una información transparente, cierta, suficiente y oportuna con respecto a las ventajas y desventajas del traslado, tampoco informó acerca de que el valor de la pensión podría ser menor al que recibiría en Régimen de Prima Media.

Agregó, que el asesor de ING S.A., administradora a la que también estuvo afiliado, también incumplió el deber de información al no brindar una información clara y completa acerca de las implicaciones del traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 1.º, páginas 96 y 97).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de Prescripción, Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, Buena fe, Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y Enriquecimiento sin causa (Archivo 1.º, págs. 155 y 156).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, Traslado y movilidad dentro del R.A.I.S. a través de diferentes A.F.P. convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, traslado de aportes e Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o

ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Archivo 1.º, págs. 195 - 198).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 1.º, págs. 324 y 325).

Por medio de auto de 15 de enero de 2020, se inadmitió la contestación de FONPRECON, la cual fue subsanada, y mediante auto del 15 de diciembre de 2020 se tuvo por contestada la demanda por parte de esta entidad (Archivo 1.º, páginas 324 y 325, 333-337).

FONPRECON, se opuso parcialmente a las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de Falta de jurisdicción y competencia por fuero de atracción e Inexistencia de la obligación (Archivo 01, págs. 221 y 222).

El 18 de febrero de 2021, en el curso de la audiencia establecida en el artículo 77 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, se ordenó vincular a COLPENSIONES al proceso (Archivo audiovisual 02), entidad que fue notificada y contestó a la demanda de la siguiente manera:

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Prescripción de la acción laboral, Caducidad, Inexistencia de la causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada y No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Archivo 1.º, págs. 423 - 440).

Se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones, por auto de fecha 16 de abril de 2021 (archivo 01, páginas 442 - 448).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de agosto de 2021, declaró la nulidad o ineficacia del traslado realizado por el demandante el 9 de noviembre de 2000, a PORVENIR S.A.; en consecuencia, condenó a dicha A.F.P. a devolver a FONPRECON todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos, y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuentos, ordenó a FONPRECON aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 15 de marzo de 1989, debiendo incluirlo en las bases de datos y sistemas de información y actualizar su historia laboral. Por último, declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (Archivo 15 y Archivo audiovisual 17).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo, que no se probó en el curso del proceso que el demandante haya sido incurrido en error al momento de solicitar el traslado de régimen o que se estuviese en presencia de un vicio del consentimiento, además de que se cumplieron todos los requisitos legales para llevar a cabo dicho traslado.

Manifestó, que en los formularios de afiliación suscritos por el demandante se acreditó que la decisión fue libre, voluntaria e

informada, y que al momento de al momento de suscribir dicho formato el demandante conocía las características, las ventajas, desventajas, la forma en que se liquidaban sus prestaciones y, en general, todas las condiciones sociales, económicas, familiares y personales que pudieron haber influido en la forma, en cómo iba a ser liquidada su pensión.

Arguyó, que al momento de la afiliación no se podía realizar una simulación pensional, puesto que para conocer la expectativa pensional de un afiliado se deben conocer lo ahorrado por el demandante en su cuenta individual.

Argumentó, que no se puede exigir el cumplimiento de unas obligaciones que no estaban vigentes a la época en la que se dio el traslado de régimen pensional del demandante, debido a que este fue en 1994, y no es hasta 2015, cuando se comenzó a exigir dejar una constancia de que existió una asesoría, por lo que al no existir una tarifa legal en el momento de la mencionada afiliación corresponde al demandante probar que fue incurrido al error por parte de la demandada.

Agregó, que debe tenerse en cuenta la posición de la Corte Constitucional que sostiene que el error en un punto de derecho no vicia el consentimiento, pues el demandante estaba llamado a conocer la normatividad vigente a la fecha.

Finalizó diciendo, que un error propio del demandante no puede ser utilizado como argumento para obtener una sentencia favorecedora a sus intereses, pues en cualquier momento dentro de los términos legales pudo hacer uso de los mecanismos existentes para subsanarlo.

FONPRECON, apeló bajo el argumento de que la entidad

competente para conocer del trámite pensional del demandante era COLPENSIONES, debido a que este, nunca estuvo afiliado en dicha entidad en el transcurso de su vida laboral.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras

demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 12 de marzo de 1959 (Archivo 01, páginas 81 y 304); **ii)** cotizó 58 semanas al extinto Instituto de Seguros Sociales (Archivo 01, páginas 4 y 8); **iii)** que el 07 de junio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de julio de 1994 (Archivo 01, páginas 159, 164, 196), antes de trasladarse a FONPRECON en el mes de mayo de 1995, donde permaneció hasta el 28 de septiembre de 2000 (Archivo 01, páginas 225 - 227), momento en el cual se volvió a trasladar a PORVENIR S.A. (Archivo 01, página 160), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., con un total de 969 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Archivo 01, págs. 4-15.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra

el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas

que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

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

En esta providencia, también se dijo:

“(...) 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.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 28 de septiembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo 01, página 160), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a Porvenir S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en el Archivo 01, páginas 159 - 163 y 200, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y 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.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque 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

¹ CSJ STL8125-2020.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y los fondos de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el 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, resulta 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.

(...) 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.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen 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.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos,

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 28 de septiembre de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por FONPRECON, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01 página 159), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

³ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2F002%202019%2000112%2001](https://etbcj-my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2F002%202019%2000112%2001)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DORIS CRISTINA DÍAZ VARGAS** contra **COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 010 2019 00233 02.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 192 del expediente.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarase la nulidad del traslado efectuado a COLFONDOS S.A. y se ordenase a dicha A.F.P. trasladar todos los montos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, como consecuencia de esto, se ordenara a COLPENSIONES a recibir y afiliar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 25 de marzo de 1959; realizó aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el 11 de febrero de 1992 y el 12 de agosto de 1998, momento en el que se afilió a COLFONDOS S.A.

Manifestó, que dicho traslado se realizó debido a que fue inducida al error por parte del asesor de COLFONDOS S.A., el cual dijo que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, y no tendría a quien cobrarle su pensión; además, no le brindó información acerca de los beneficios o detrimentos del cambio de régimen pensional, ni le manifestó la desmejora en la tasa de reemplazo pensional, tampoco se le informó sobre los requisitos para obtener la garantía de pensión

mínima ni de las condiciones que debía reunir para obtener la devolución de saldos.

Alegó, que el asesor de COLFONDOS S.A. nunca realizó una proyección pensional, no informó acerca de la edad para pensionarse en el evento de no contar con capital suficiente en la cuenta individual, ni le dio a conocer que el bono pensional se redimiría a los 60 años.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por medio de auto de fecha 28 de febrero de 2019, el Juzgado 10.º Municipal de Pequeñas Causas, rechazó la demanda debido a que carecía de competencia para conocer de la actuación, y la remitió a la Oficina Judicial de Reparto.

La demanda, fue admitida mediante auto de fecha 15 de Julio de 2021, por el juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien ordenó notificar a los demandados y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepción previa la de Falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa, y como excepciones de mérito las de Prescripción y caducidad e Inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.º 71 - 72).

Mediante auto del 13 de noviembre de 2019, el Juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES y ordenó emplazar a COLFONDOS S.A. (f.º 84).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de Inexistencia de la obligación, Buena Fe, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS Pensiones y Cesantías, Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y Compensación y pago (f.º 274-285).

Por medio de auto de fecha 16 de marzo de 2020, el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá, tuvo por contestada la demanda por parte de COLFONDOS S.A. (f.º 110 - 111).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 84).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 12 de agosto de 1998, ante COLFONDOS S.A., como consecuencia de esto, ordenó a dicha entidad, trasladar todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, todos los frutos, intereses y rendimientos causados, así como las cuotas o gastos de administración debidamente indexados de la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá recibir y reestablecer la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca

se hubiera traslado al R.A.I.S. (f.º 180, en medio magnético, archivo audiovisual 18, f.º 181 y 182).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., argumentó, que el ordenar la devolución de los gastos de administración y las comisiones generaba un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y de la demandante, en el sentido en el que se beneficia al fondo común administrado por dicha demandada (COLPENSIONES), por ende, a todos los que pertenecen a dicho régimen, mientras que se genera un empobrecimiento en contra de COLFONDOS S.A., al tener que responder por dichos valores de su propio peculio, desconociendo el trabajo que hizo COLFONDOS S.A., durante el tiempo en el que estuvo afiliada la demandante.

Manifestó, que dichos descuentos no tienen asidero jurídico, pues se generaron a causa de la afiliación de la demandante al R.A.I.S. y los servicios que esta afiliación conllevaba.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la actora no manifestó inconformidad alguna, a la hora de pertenecer al R.A.I.S. durante todo el tiempo en el que estuvo afiliada, por lo cual se debe entender que existió una ratificación del acto ineficaz. Arguyó, que la demandante contó con todos los elementos necesarios para formar un pleno entendimiento del R.A.I.S. durante el tiempo en el que permaneció afiliada a dicho régimen.

Alegó, que no se evidencia una afectación de carácter económico a la demandante al permanecer en el R.A.I.S., pues esta puede iniciar una acción de reparación integral contra la A.F.P., buscando una indemnización por los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información. Por último, solicitó que en caso de que el fallo

de segunda instancia fuese confirmatorio, se ordenara a COLFONDOS S.A., devolver todas las sumas debidamente indexadas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 25 de marzo de 1959 (f.º 13, 137 y 138); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 2 de noviembre de 1992 hasta el 12 de agosto de 1998, con 338.43 semanas (f.º 74, archivo en medio magnético, reporte de semanas cotizadas en pensiones, páginas 1.º y 2.º, f.º 150 y 151); **iii)** que el 12 de agosto de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., a la cual se encuentra afiliada actualmente (f.º 14), con un total de 1543,43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 26 a 31.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

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

En esta providencia, también se dijo:

“(…) 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.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 13 de junio de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 83 y 211), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso,

visibles a folios 83, 186, 211 y 244, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y 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.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque 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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el 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.

¹ CSJ STL8125-2020.

Por lo expuesto, resulta 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.

(...) 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.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen 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.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

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.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A., devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y gastos o cuotas de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 12 de agosto de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con

³ CSJ SL1688-2019.

prestación definida, administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 14), por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y gastos o cuotas de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandada COLFONDOS S.A.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'A' and a long horizontal stroke.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large initial 'M' and a long horizontal stroke.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RUBY STELLA CORTES BETANCOURTH** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00073 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 23 de enero de 2021, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, como apoderada, y a su vez, se reconoce personería para actuar a la abogada **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES** como apoderada sustituta, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 257 del expediente.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarase la nulidad o ineficacia del traslado efectuado a COLFONDOS S.A. realizada el 24 de octubre de 1994; como consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordenase a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. realizar todas las gestiones necesarias para anular dicho traslado de régimen, se ordenara a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y se condenara a esta última a recibir a la demandante sin solución de continuidad, a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la demandante.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de junio de 1961 y se afilió al Sistema General de Pensiones administrado por el extinto I.S.S. el 1.º de abril de 1980, cotizando un total de 145 semanas.

Manifestó, que el 24 de octubre de 1994, se trasladó de régimen pensional al R.A.I.S. administrado por COLFONDOS S.A., decisión la

cual se vio afectada por la insuficiente información brindada por el asesor de la mencionada A.F.P. Explicó, que PORVENIR S.A., no le informó acerca del año de gracia concedido por el artículo segundo de la Ley 796 de 2003, ni de la imposibilidad de trasladarse de régimen una vez le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda, se inadmitió el 31 de enero de 2021 (f.º 102), y fue subsanada en el tiempo de ley, por lo que fue admitida mediante auto de fecha 20 de febrero de 2021, ordenándose la notificación a las demandadas (f.º 106 y 107).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción, Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, Buena fe, Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y Enriquecimiento sin causa (f.º 117 y 118).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción y caducidad, Cobro de lo no debido y Buena fe (f.º 150).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones

obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., Imposibilidad de imponer simultáneamente condena por indexación e intereses moratorios, Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y Compensación y pago (f.º 195 y 195).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 200).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de enero de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 1.º de noviembre de 1994, ante COLFONDOS S.A.; en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A., la A.F.P. a la que se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar los aportes realizados por concepto de pensiones obligatorias y voluntarias que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y condenó en costas a la demandada COLFONDOS S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo que no se puede otorgar la ineficacia a una circunstancia fáctica que no está estipulada dentro del ordenamiento legal, como en el caso presente, puesto que la única ineficacia consagrada en la Ley 100 de 1993, es aquella que está en el artículo 27, en el cual se especifica una conducta dolosa, la cual, manifiesta el apelante, no fue cometida.

Arguyó que al ser la nulidad fue saneada por ratificación de la demandante, por lo que la segunda afiliación sí que sería válida, al ratificar su deseo de permanencia en el R.A.I.S. al firmar el documento mediante el cual se trasladó a PORVENIR S.A., acto que saneó la nulidad alegada en la demanda.

Manifestó, que las expectativas erradas de la demandante no pueden ser tales, toda vez que el actuar de las A.F.P. demandadas en cuanto a la pensión de vejez está regulado conforme al marco normativo vigente y en ningún momento se apartaron de este.

Argumentó, que el supuesto perjuicio es relativo, dado que versa sobre el monto de la pensión de vejez, y se podría ver como un beneficio si se estuviese hablando de una devolución de saldos o una pensión de sobreviviente, por lo que no se puede hablar de un perjuicio al tener el R.A.I.S. beneficios puntuales.

Agregó, que no se probó cuál era el deber de información que tenían las A.F.P. a la fecha del traslado, pues si se habla de ineficacia o nulidad debe tenerse en cuenta la época en la que fue realizado el acto, también manifestó que no se podía tener certeza del monto de la pensión al estar sujeto esto a muchos cambios a lo largo del tiempo.

Por último, estableció que se le está imponiendo una carga probatoria posterior, basada en pronunciamientos nuevos, para probar un deber de información que a la fecha del acto no existía.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de

la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de junio de 1961 (f.º 45); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1º de abril de 1980 hasta el 24 de octubre de 1994, 145.71 semanas (f.º 46 - 49); **iii)** que el 24 de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha

de efectividad desde 1.º de noviembre de 1999 (f.º 76, 121 y 198), y luego realizó un traslado horizontal a PORVENIR S.A., A.F.P. a la que se encuentra afiliada actualmente, con más de 1000 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 53 a 59.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación,

de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional,

trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) 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.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) 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.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 24 de octubre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.º76, 121 y 198), y actualmente, se encuentra afiliada a PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visible a folio 120, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y 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.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque 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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y los fondos de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el 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, resulta 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.

(...) 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

¹ CSJ STL8125-2020.

ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen 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.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 24 de octubre de 1994, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de

³ CSJ SL1688-2019.

ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., así como la posterior afiliación realizada a PORVENIR S.A., por lo que esta entidad, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 23 de enero de 2021, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración, acorde con lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ESMERALDA RAMOS BUITRAGO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2019 00788 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **ORIANA ESPITIA GARCÍA**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 4 del expediente.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 24 de abril de 1997, y los traslados horizontales subsiguientes, esto a causa de la indebida información que le fue proporcionada por parte del fondo privado; como consecuencia de esto, solicitó que se ordenase a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y, a causa de esto, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, así como actualizar la historia laboral de la demandante (Documento 4, páginas 3 y 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 19 de noviembre de 1961; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 16 de junio de 1980 hasta el 24 de abril de 1997, momento en el que se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., a causa de la indebida información proporcionada por la A.F.P. al momento del traslado.

Adicionalmente, manifestó que COLFONDOS S.A. no le informó a cerca del año de gracia concedido por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, en cual permitía a los afiliados trasladarse por una única vez, antes del 28 de enero de 2004, así como tampoco, informó sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

Explicó, que la A.F.P. le informó el monto de su mesada pensional, a la fecha en la que cumpliría 58 años, el cual es muy inferior al que recibiría en COLPENSIONES.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de diciembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Documento 4, páginas 101 y 102).

COLFONDOS S.A., se allanó a la demanda formulada en su contra; en consecuencia, no se opuso a las pretensiones, salvo a la de condena en costas, esto al no presentar oposición a la demanda (Documento 4, página 114).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción, Caducidad e Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada. (Documento 1.º, páginas 154 - 167).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación y Compensación (Documento 4, páginas 191 - 193).

Mediante auto de fecha 08 de febrero de 2021, se tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Documento 04, páginas 211 y 212).

Mediante auto de fecha 7 de abril de 2021, el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. ordenó la vinculación de SKANDIA S.A., al proceso en curso para conformar el litisconsorcio necesario por pasiva, requiriendo al apoderado de la demandante para la notificación de esta entidad.

SKANDIA S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción, Buena fe y Cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 21 de julio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 24 de abril de 1997, ante HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., así como los subsiguientes traslados horizontales efectuados entre administradoras del R.A.I.S.;

en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. devolver la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensiones junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales, si los hubiere, al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién fue declarada como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Además, condenó en costas a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. (Archivo audiovisual 3 y Documento 4, páginas 275 - 279).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la demandante ejecutó los traslados de manera voluntaria y sin presiones, como se observa en los diversos formularios obrantes en el expediente, esto sumado a que venció el plazo dado por la ley para el traslado. Afirmó, que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no cuenta con expectativa legítima, por lo que la falta al deber de información llevada a cabo por los fondos no logra tener identidad suficiente para configurar un engaño.

Sostuvo, que la inversión de la carga probatoria resulta irracional y desproporcionada, pues la parte que alega el vicio debe probarlo, cosa que no se da en los casos de traslado de régimen, lo cual conlleva a un imposible a la hora de probar que no existió un perjuicio. Alegó además, que el fallo atenta contra la sostenibilidad del régimen pensional administrado por COLPENSIONES y se beneficia de los aportes realizados por otras personas.

Por último, solicitó que se revocase la condena en costas, puesto que Colpensiones no hizo parte de los actos ineficaces y solo están

llamados en calidad de litisconsorte necesario.

PORVENIR S.A., fundamentó que hizo entrega de toda la información a la demandada, de manera clara, comprensible y conforme a los criterios de ley del momento en el que se surtió el traslado, además de que el traslado fue realizado de manera voluntaria y sin presiones, lo cual quedó plasmado con la firma del formulario, esto sumado a que no se encontraba incapaz, ni se generó nulidad alguna, por lo cual no se puede declarar la nulidad del acto celebrado. Todo esto, sumado a que existe una prohibición legal para trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para la edad mínima de pensión, prohibición en la cual esta incurso la demandante.

Arguyó, que la demandante tenía el deber de informarse respecto del contrato que estaba suscribiendo y acerca de las reglas concernientes al traslado entre regímenes pensionales, las cuales fueron entregadas de manera verbal a la demandante por parte de la A.F.P., pues el único documento requerido en la época era el formulario de afiliación.

Por último, argumentó que la declaratoria de ineficacia vulnera el principio de autonomía de voluntad privada de las partes y solicitó que se revocase el fallo en su totalidad, y en caso de que no se revoque la sentencia en su totalidad, se absuelva a PORVENIR S.A. de la condena en costas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de

la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES. Por último, si hay lugar o no, a la condena en costas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de noviembre de 1961 (Documento 4, página 50); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de junio de 1980 hasta el 24 de abril de 1997, 599.43 semanas (Documento 4, páginas 51-53); **iii)** que el 24 de abril de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por la A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de junio de 1997 (Documento 4, páginas 195 y 222), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., con un total de 1663 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Documento 4, páginas 57 y 58.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

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

En esta providencia, también se dijo:

“(...) 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.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 24 de abril de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, Hoy PORVENIR S.A.,(Documento 4, páginas 195), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en el Documento 4, páginas 195 y 196, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en

los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y 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.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque 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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y los fondos de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el 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, resulta 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

¹ CSJ STL8125-2020.

afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) 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.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen 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.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, frutos e intereses, gastos de administración y sumas adicionales si las hubiere, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, frutos e intereses, gastos de administración y sumas adicionales si las hubiere y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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”*³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 24 de abril de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, hoy

³ CSJ SL1688-2019.

PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Documento 4 página 195), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los frutos e intereses, gastos de administración y sumas adicionales si las hubiere que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Por último, para resolver lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.º del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T y S.S. dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º *ibídem*, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala que las costas en primera instancia se impusieron en contra de las demandadas PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, quienes resultaron vencidas en juicio, por lo que, acorde con el marco normativo vigente, deben ser condenadas en costas.

Acorde con lo indicado, es claro que hay lugar a confirmar la providencia recurrida, y por lo tanto, las costas en esta instancia serán liquidadas en cuantía de \$800.000°, en virtud de lo anteriormente expuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como frutos e intereses, gastos de administración y sumas adicionales si las hubiere, acorde con lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtCwaXsZl2VJjhFxbMzDI1sBEweWAe4aaYmw_4dzA1yM5Q?e=71llSo](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtCwaXsZl2VJjhFxbMzDI1sBEweWAe4aaYmw_4dzA1yM5Q?e=71llSo)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SANDRA DEL SOCORRO RUÍZ CEBALLOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 034 2018 00479 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 22 de junio de 2021, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 237 del expediente.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado a COLFONDOS S.A., por haberse dado de manera engañosa debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa, a causa de esto, solicitó que se condenase a COLFONDOS S.A., a trasladar todos los aportes recibidos; como consecuencia de lo anterior, requirió que se ordenara a COLPENSIONES recibir los aportes, vincular y actualizar la historia laboral de la demandante.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 8 de mayo de 1962; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 9 de febrero de 1990 hasta el 31 de mayo de 1998, momento en el que se trasladó a COLFONDOS S.A., debido a la asesoría engañosa, tendenciosa e incompleta que le fue brindada por parte del asesor de la mencionada A.F.P., además de que no se le informó acerca de la posibilidad de regresar al Régimen de Prima Media.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue inadmitida por medio de auto de fecha 19 de noviembre de 2018, y subsanada dentro del término legal, por los que fue admitida mediante auto del 3 de abril de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Falta de legitimación en la causa por pasiva, Improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), Inexistencia de la obligación de afiliación, Excepción error de hecho no vicia el consentimiento, Buena fe y Prescripción, (f.º 99 - 107).

Mediante auto de fecha 16 de marzo de 2021, el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., tuvo por contestada la demanda por Colpensiones y se inadmitió la contestación de COLFONDOS S.A., quien subsanó dentro del término legal y se admitió su contestación por medio de auto del 13 de abril del 202. (f.º 168A, 168B, 173 y 174).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Falta de legitimación en la causa por pasiva, No existe prueba de causa de nulidad alguna, Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, Buena fe, Compensación y pago, Saneamiento

de cualquier presunta nulidad de la afiliación, Ausencia de vicios del consentimiento, Obligación a cargo exclusivamente de un tercero y Nadie puede ir en contra de sus propios actos (f.º 151 - 153).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º168A y 168B).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de junio de 2019, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante ante COLFONDOS S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. trasladar los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, todos ellos indexados al momento de realizar la transferencia al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá recibir los aportes efectuar los ajustes pertinentes a la historia laboral de la actora; declaró no demostradas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS S.A. y a Colpensiones (f.º 216 y 217).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., apeló parcialmente la sentencia, oponiéndose a la condena de devolver los montos de forma indexada presente en el numeral segundo de la providencia apelada, debido a que considera que daría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones, puesto que los dineros que se van a trasladar cuentan

con unos rendimientos financieros que están ajustados a la indexación que se pretende cobrar.

COLPENSIONES, sostuvo que el afiliado tiene libertad a la hora de escoger el régimen pensional al que quiere pertenecer, y un límite establecido por la normatividad para trasladarse entre estos, de 5 años, hasta que le faltaren 10 años para pensionarse, como lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó, que no es posible alegar la nulidad en tanto a que un error en un punto de derecho no vicia el consentimiento, agregando que tampoco es viable alegar la ineficacia del traslado, en tanto este se realizó de manera libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos de ley para el momento en que se celebró. Finalizó, exponiendo que las diferencias existentes entre el R.A.I.S. y el R.P.M.P.D., a la hora de distribuir el aporte conlleva a un detrimento patrimonial para Colpensiones, puesto que el demandante cotizó 22 años en el RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar

Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 08 de mayo de 1962 (f.º 3); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 9 de febrero de 1990 hasta el 31 de mayo de 1998, 354 semanas (f.º 28 - 30, 109 en medio magnético reporte de semanas cotizadas en pensiones, 110 - 112); **iii)** que el 9 de junio de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad del 1.º de agosto de 1998 (f.º 22, 25), con un total de 1204 semanas cotizadas a 26 de febrero de 2018 (f.º 12).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al

respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho

por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(...) 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.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) 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.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la

administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 09 de junio de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., A.F.P. a la que se encuentra afiliada hoy en día, conforme el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a folio 25, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y 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.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del

Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque 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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el 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, resulta 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.

(...) 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.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

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.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere y frutos e intereses, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A., devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, bonos

pensionales, frutos e intereses y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionaré** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 13 de junio de 1996, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 83 y 211), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los bonos pensionales, frutos e intereses y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÉ y ADICIONARÉ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

³ CSJ SL1688-2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 22 de junio de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como bonos pensionales, frutos e intereses y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante acorde con lo considerado.

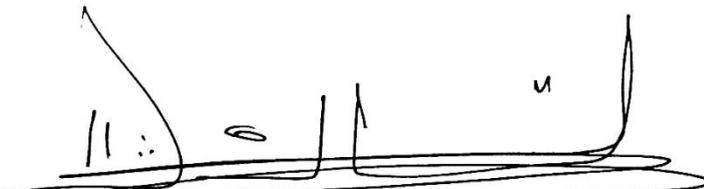
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLORIA ESPERANZA RODRÍGUEZ LÓPEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 037 2019 00476 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y adicionalmente surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 25 de junio de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la ineficacia del traslado efectuado en octubre de 1999 a la A.F.P. COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y del posterior traslado horizontal realizado en 2001, a PORVENIR S.A. Como pretensiones subsidiarias requirió que se declarara la nulidad del traslado efectuado en octubre de 1999 a la A.F.P. COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y del posterior traslado horizontal realizado en 2001, a PORVENIR S.A.

Por último, solicitó que, de acuerdo con las pretensiones declaratorias, se condenase a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes, las cotizaciones, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, junto con los frutos e intereses y rendimientos causados a Colpensiones, y pidió que se condenara a esta última a aceptar el traslado de régimen, a recibir los aportes y a incorporarlos en la historia laboral.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 12 de marzo de 1962; realizó aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1.º de febrero de 1983 hasta el 30 de septiembre de 1999, momento en el que se trasladó a la A.F.P. COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., debido a la información falaz y parcializada proporcionada por el asesor que la atendió, quien no le informó acerca de las consecuencias del traslado de régimen, información que tampoco fue proveída en el posterior traslado horizontal realizado a PORVENIR S.A.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue devuelta a la demandante para su subsanación, mediante auto del 22 de agosto de 2019, y admitida mediante auto de fecha 4 de octubre de 2021, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas. Las contestaciones se devolvieron a los demandados para su subsanación mediante auto de fecha 4 de noviembre de 2020, y se tuvo por contestada la demanda en auto del 27 de noviembre de 2020.

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción, Buena fe e inexistencia de la obligación (f.º 142 - 144).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, Prescripción, Presunción de legalidad de los actos administrativos, Cobro de lo no debido y Buena fe (f.º 159 y 160).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Inexistencia de la obligación y falta de la causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al R.A.I.S. (f.º 194 y 195).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 239 y 240).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 25 de junio de 2021, declaró ineficaz la afiliación del traslado efectuados por la demandante el 26 de agosto de 1999, ante la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A., A.F.P. a la que se encuentra afiliada la demandante, a trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los rendimientos financieros que se hubieren generado al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién debía admitir el traslado y aceptar los valores remitidos por PORVENIR S.A.

Por último, se abstuvo de imponer costas en dicha instancia (f.º 241 - 243).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que hasta el año 2016, los fondos privados sólo contaban con el consentimiento manifestado en el formulario de afiliación, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época va contra el principio de confianza legítima. Alegó, que a través de las pruebas aportadas al proceso se puede evidenciar que la demandante si tenía conocimiento de las diferencias entre el R.A.I.S. y el R.P.M.P.D. y las condiciones para pensionarse de cada uno de ellos.

Manifestó, que durante 15 años la demandante no ha cotizado al Régimen de Prima Media, por lo que el traslado de régimen significa un detrimento patrimonial al impactar directamente en la reserva pensional.

PORVENIR S.A., sostuvo que no se incurrió en una violación al deber de información, pues este se hizo conforme a los preceptos estipulados en la legislación vigente para la época, en la cual solo se exigía el diligenciamiento del formulario para que se entendiera como válido el traslado y no requería la existencia de un documento que acreditara una adecuada asesoría.

Estableció, que se deben tener en cuenta los actos de la demandante dentro del R.A.I.S., quien expresó su voluntad de mantenerse en este régimen con la suscripción de varios certificados. Por último, afirmó que no existe razón para la declaración de la ineficacia del traslado, pues esta se origina al no cumplir las expectativas pensionales de la demandante.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 12 de marzo de 1962 (f.º 34); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1º de febrero de 1983 hasta el 11 de octubre de 1999, 494 semanas (f.º 169, Reporte de semanas cotizadas en pensiones, archivo en medio magnético, página 2); **iii)** que el 26 de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1º de octubre de 1999 (f.º 38, 197, 203, 208, 211, 219, 231), y que luego se transfirió a PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 2001, A.F.P. a la que actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1580 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 323 a 238.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar

con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el

demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(…) 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del

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

En esta providencia, también se dijo:

“(...) 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.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si

la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 13 de junio de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (f.º 38, 197, 203, 208, 211, 219, 231), y, después de un traslado horizontal, se encuentra actualmente afiliada a PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a folio 146, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y 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.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque 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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y los fondos de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el 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, resulta 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.

(...) 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.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen 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.

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A., devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 8 de agosto de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 38, 197, 203, 208, 211, 219, 231), así como la afiliación a Porvenir S.A, por lo que, Porvenir S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

³ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 25 de junio de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos e intereses, y gastos de administración acorde con lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CAROLINA SUÁREZ CAMELO** contra **LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

EXP. 11001 31 05 014 2018 00314 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara que la sanción que le fue impuesta, comunicada el día 26 de septiembre de 2017, y hecha efectiva entre el 18 y el 26 de octubre del mismo año, fue ilegal e injusta por violar el procedimiento consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo de 1982, y por la inexistencia de causa justa para su imposición.

En consecuencia, que se le condenara a reconocerle y pagarle los salarios y dominicales correspondientes al tiempo de la sanción; al pago de las primas semestrales y prima de vacaciones convencionales causadas desde el año 2015, y de los salarios correspondientes al auxilio especial acordado en cuantía de \$500.000, mensuales a partir de octubre de 2017.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que se vinculó a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término fijo a partir del 1.º de junio de 2012, en el cargo de Extensionista en el municipio de Rovira - Tolima; que entre el 2015 y el 2018, recibió un auxilio de rodamiento de \$500.000 mensuales; que el 28 de septiembre de 2017, la empresa le envió una carta en la que la sancionaba con suspensión de sus funciones por el término de ocho (8) días, sanción que se hizo efectiva entre el 18 y el 26 de octubre del mismo año, días durante los cuales no recibió remuneración alguna por salarios y dominicales; que el 15 de septiembre de 2017, fue citada a una diligencia de descargos, por el supuesto hecho de no haberse trasladado al municipio de Rovira, frente a lo cual manifestó su inconformidad por problemas de salud y los riesgos que corría; que para la diligencia de descargos informó a la empresa que había designado como acompañantes a los señores

Carlos Arturo Cataño Correa y Luis Alberto Olaya, miembros de la Junta Directiva de la Organización Sindical que funciona en ella, y que la demandada, en comunicación del 28 de septiembre de 2017, le negó la asesoría de los compañeros que ella había designado, pero que aún así asistió a la diligencia de descargos.

Sostuvo, que en la empresa funciona el Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, al cual ella pertenece desde el 10 de septiembre de 2017, organización con la cual la Federación ha suscrito varias convenciones colectivas en las que se han consagrado unas prestaciones a favor de todos los trabajadores; que en el artículo 29 de la Convención Colectiva de 1974, se consagró una prima semestral que existía desde convenciones anteriores, la que se causó a su favor a partir del mes de junio de 2013; que desde su vinculación la entidad no le ha cancelado las primas semestrales ni la de vacaciones, argumentándose que ella no era afiliada al sindicato, y que desde el mes de septiembre de 2017, fue trasladada al municipio de Rovira sin haberle seguido pagando el auxilio especial de \$500.000 (f.º 203 - 214).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 27 de julio de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 216).

LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, se opuso a las pretensiones de la demandante. No obstante, aceptó la fecha de ingreso, el cargo y el sitio de servicio, aclarando que el auxilio de movilización le fue pagado hasta agosto de 2017, pues a partir del mes siguiente fue trasladada al Comité Municipal de Cafeteros de Rovira a desempeñar funciones de oficina y no de campo, ya que no tenía que movilizarse en el sector rural del Distrito.

De otra parte, aseveró que no era de su resorte conceder permiso al señor Carlos Arturo Castaño Correa para que la acompañara a la diligencia de descargos debido a que este trabajaba en la ciudad de Medellín en la sucursal de Almacafé, empresa diferente a la Federación, pero que en todo caso, la demandante fue acompañada en dicha diligencia por el señor Luis Alberto Olaya, quien la suscribió, y que la demandante solo se afilió al Sindicato el 10 de septiembre de 2017, por lo que desde entonces fue beneficiaria de las convenciones colectivas de trabajo, ya que Sintrafec pasó a ser sindicato minoritario en el año de 1988, motivo por el cual la convención se aplicaba solamente a los trabajadores sindicalizados.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de la obligación en cuanto a la sanción disciplinaria, inexistencia de la obligación de reliquidación de prestaciones sociales convencionales, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (f.º 655 - 672).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 18 de febrero de 2021, condenó a la demandada al pago de \$20.761.956 por concepto de prima semestral de orden convencional y \$5.926.281 por prima de vacaciones convencional; la absolvió de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y la condenó al pago de las costas.

Respecto de la aplicación de las convenciones colectivas, señaló que dentro del expediente obraban varias de ellas en las que se pactó inicialmente que todas sus disposiciones se aplicarán a todos los trabajadores de la Federación, y que estas fueron ratificadas posteriormente, por lo que no podía ser de recibo el argumento de la demandada de que pese a que el sindicato que la suscribió pasó a ser minoritario, los trabajadores perdieron el derecho a los beneficios,

pues si eso se pactó así convencionalmente, así tiene que aplicarse con independencia de que el sindicato que la suscribió haya pasado a ser minoritario, aspecto que ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos que citó, así como que tampoco importaba el hecho de que la demandante no hubiera cotizado al sindicato durante el tiempo en que no estuvo afiliada.

En cuanto a la sanción impuesta a la demandada, determinó que esta no había incurrido en ninguna inobservancia del procedimiento previo para imponer sanciones, consagrado en la Convención colectiva, y en el artículo 59 del Reglamento de Trabajo, debido a que citó a la trabajadora a descargos, señalándole que podía asistir con dos compañeros, respecto de los cuales ella conocía su condición de miembros del sindicato, así como que no era obligación de la Federación, concederle el permiso a un miembro de la organización sindical ubicado en la ciudad de Medellín cuando la demandante podía escoger a cualquier otro miembro de la seccional Ibagué, tornándose su actuar como caprichoso al no rendir la diligencia de descargos ante la negativa de concesión del permiso a esto.

Sobre la naturaleza de la sanción, consideró que pese a que la demandante manifestó que no estaba conforme con la orden de traslado a Rovira con sustento en que su estado de salud no se lo permitía, no allegó prueba alguna que diera cuenta de tal estado, lo que evidenciaba que se había revelado a obedecer una orden de su empleadora, adoptada con base en la facultad del *ius variandi* que le asiste, y que era claro que el desobedecimiento de las órdenes del empleador constituye justa causa para imponer sanciones, razones por las cuales no accedió a la pretensión encaminada a la declaratoria de ilegalidad de la sanción disciplinaria impuesta a la demandante, y la condena que devenía de esta.

En lo concerniente al auxilio de movilización, estimó que lo dicho por la actora, de que el pago del mismo le había sido suspendido por su afiliación al sindicato, fue desvirtuada con las pruebas arrimadas al proceso, pues el testigo Óscar Bernal, señaló que este auxilio se otorgaba por el desplazamiento de los extensionistas a las fincas cafeteras, traslado que ya no realizaba la actora.

Igualmente, aclaró que del texto de la cláusula del contrato de trabajo, en que este pactó, se podía concluir que el referido auxilio fue otorgado por la demandada por mera liberalidad, de tal forma que podía suspenderlo de manera unilateral en cualquier momento.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Señaló, que la sanción que le fue impuesta era ilegal e injusta, pues la demandada le negó a la demandante la asistencia de uno de sus compañeros, pese a nunca haberle solicitado que corriera con los gastos de traslado del testigo, pues únicamente pretendía que se le permitiera acompañarla, por lo que la conducta de la Federación, representaba un entorpecimiento a las actividades sindicales que deben ser libres.

Sobre el auxilio de movilización, señaló que el mismo estaba pactado en el contrato de trabajo, por lo que no era un beneficio unilateral concedido por la demandada, como equivocadamente lo entendió el juzgado, por lo que, si era un beneficio pactado bilateralmente, de la misma forma tenía que ser modificado.

Por su parte, **LA DEMANDADA**, expuso dos motivos de inconformidad.

El primero, respecto de la aplicación automática de la convención a la demandante, y el segundo, sobre la forma en como el juzgado liquidó las condenas impuestas por primas convencionales.

Disintió de la interpretación legal y convencional que hizo el juzgador de primera instancia de los textos convencionales, pues si en las convenciones del 82, 83, 86, se encontraba la referencia a la extensión automática de la convención, ello no era más que el reflejo de la disposición legal contenida en el Artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala cuándo se puede entender un sindicato como mayoritario para efectos de la extensión automática de la convención, rotulando que éste será aquel que tenga más de la tercera parte de trabajadores de la empresa, y sin embargo, lo cierto es que como está demostrado en el proceso, desde el año 1988, SINTRAFEC es un sindicato minoritario en los términos del Artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual se reflejó en los textos convencionales posteriores a 1988, en los que se puede observar que en ninguno aparece la cláusula de ámbito de aplicación en la que se señalara que ésta se extendía automáticamente a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros.

Sobre la prima de servicios, indicó que contrarrestando los montos de los salarios acreditados para cada año, con el monto del pago ordenado con respecto a la prima de servicios, se observa que éstos no correspondían a lo indicado en la norma convencional, pues lo cierto es que la norma convencional que señala cómo se va a liquidar la prima extralegal de servicios, señala que serán 2 salarios en el mes de junio y 2 salarios en el mes de diciembre, entendiéndose que dentro de estos 2 salarios está incluida la prima de servicios de

carácter legal, entonces al momento de liquidarse esas primas extralegales de servicios no serían 4 salarios al año, sino serían 3 salarios al año, porque ya se habrán pagado para cada periodo la prima de carácter legal, que es un derecho para todos los trabajadores y aplica a cualquiera de los dos regímenes de los trabajadores de la Federación, por lo tanto, no debería corresponder el monto de su liquidación a 2 salarios para junio y 2 salarios para diciembre, sino a 1.5 para el mes de junio y a 1.5.

Así, solicitó que se reliquidara de forma correcta las primas de servicios para los periodos prescritos, es decir, para los años 2015, 2016, y la fracción del año 2017, teniendo en cuenta que la afiliación de la actora en la organización sindical fue en el mes de septiembre del año 2017, es decir, ella ya devengó la prima extralegal de servicios de diciembre de 2017, correspondiéndole únicamente el pago para el año 2017 de la fracción que correspondía a los meses de enero a junio, es decir, de 1.5 salarios suyos para éste periodo de tiempo.

Respecto de la prima de vacaciones, afirmó que el juzgado tomó automáticamente la norma convencional, y determinó que era aplicable para un periodo de tiempo, pero que lo cierto es que conforme a la Convención Colectiva de 1984, y demás normas aplicables, la prima de vacaciones no se paga por tiempo cumplido, sino al momento de disfrutar las mismas en tiempo por parte del trabajador, por lo que debían evaluarse los diferentes desprendibles de pago, porque si bien, el periodo se pudo haber causado en el año 2016 o 2015, si éste fue disfrutado con posterioridad a septiembre de 2017, el pago correspondiente a dicha prima extralegal de servicios ya fue cancelado por parte de la empresa, lo que implicaría que se reconocería dos veces el mismo concepto.

Por lo anterior, indicó que la prima de vacaciones debía liquidarse, únicamente teniendo en cuenta los periodos de vacaciones causados entre enero de 2015 y septiembre de 2017, fecha de la afiliación al sindicato de la actora, y disfrutados con anterioridad a esta, para determinar qué días estaban pendientes de pago o respecto de qué periodos de tiempo no se canceló la prima extralegal de vacaciones.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir las apelaciones interpuestas por ambas partes, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. La sala tendrá como problemas jurídicos, los siguientes: **i)** si la demandante tiene derecho a que se le apliquen los beneficios convencionales reclamados, al ser la organización sindical suscribiente un sindicato minoritario, durante el periodo en que no se encontraba afiliada; **ii)** si la respuesta fuere positiva, la forma como se deben liquidar las primas convencionales; **iii)** la legalidad de la sanción que le fue impuesta, **iv)** y si la demandante tiene derecho al auxilio de movilización que le fue quitado en septiembre de 2017.

APLICABILIDAD DE LA CONVENCION COLECTIVA A LA DEMANDANTE ANTES DE SU AFILIACION AL SINDICATO.

De entrada, esta Sala advierte, que en ningún error incurrió la juzgadora de instancia al declarar que la demandante es beneficiaria

de las convenciones colectivas de trabajo suscritas al interior de la entidad demandada, como pasa a explicarse:

Como se sabe, la legislación laboral establece 3 ámbitos específicos de aplicación de una convención colectiva del trabajo. El primero, regulado en el artículo 470 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone que este acuerdo solo beneficia a los miembros del sindicato que la haya celebrado, así como a todos aquellos trabajadores que se adhieran a ella o ingresen posteriormente a la organización, cuando el número de afiliados a este no exceda de la tercera parte de la totalidad de los trabajadores de la empresa; el segundo, regulado en el artículo 471 *idem* que establece que la misma se aplica a todos los trabajadores de la empresa, independientemente de que sean sindicalizados o no, en la hipótesis en que el sindicato que lo haya celebrado agrupe a más de la tercera parte del total de los trabajadores de aquella – extensión a terceros-, y el tercero, regulado en el artículo 472 *ibidem*, que contempla la posibilidad de que el Gobierno Nacional disponga la extensión de los beneficios extralegales a otras empresas diferentes de las que fueron parte en la negociación colectiva, siempre y cuando se reúnan los presupuestos básicos que la norma refiere.

Si bien, las anteriores hipótesis constituyen la regla general para la aplicación de un acuerdo colectivo, ello no quiere decir que no se configuren excepciones a dicha regla como, por ejemplo, que sea el mismo empleador, quien en virtud de un procedimiento de negociación, acuerde con la organización sindical la aplicación de una convención colectiva a un sector determinado de trabajadores.

Al revisar las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 19 de septiembre de

1974, y depositada el 7 de octubre del mismo año (f.º 73 - 74), en su artículo 33, dispuso:

“APLICACIÓN. La presente Convención Colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, y de los Almacenes Generales de Depósito “ALMACAFE”, en los términos aquí indicados.

A los trabajadores no sindicalizados que se beneficien total o parcialmente con la contratación colectiva se les harán, con destino al Sindicato, las retenciones que autorice la ley y la convención”. (f.º 66).

Por su parte, el artículo 32 de la misma convención, numeral 2.º, señaló que los trabajadores no sindicalizados seguirán pagando al sindicato la cuota mensual, a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva dentro de los 15 días siguientes a la firma de la convención. El numeral de dicho artículo señaló que la retención de las cuotas ordinarias y extraordinarias la haría el empleador (f.º. 66 - 67).

El campo de aplicación convencional fue ratificado en las convenciones siguientes en los mismos términos generales (f.º 471-472, 530 - 532). Igualmente, el Laudo Arbitral de 4 de septiembre de 1986, dejó vigente en su artículo primero todos los puntos de las convenciones anteriores que no fueran modificados por el laudo (f.º 576), documento este en que no se evidencia que hubiera sido modificado el campo de aplicación.

Ahora, es cierto que en la convención colectiva de trabajo de febrero de 1998, nada se dijo sobre el campo de aplicación de dicha convención. No obstante, su artículo 11 determinó que continuarían *“vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas, sustituidas o acordadas por la presente convención colectiva de trabajo”* (f.º 624).

Al analizar todas las convenciones colectivas de trabajo aportadas por las partes, se observa que el campo de aplicación del régimen convencional pactado desde 1974, no fue derogado, ni sustituido ni modificado por los textos de las posteriores convenciones o laudos, de manera que no es de recibo el argumento de la demandada de que por pasar a ser minoritario el sindicato que las suscribió, todos los trabajadores de la empresa perdieron el derecho a los beneficios contractuales, recordando la Sala que ni siquiera la disolución del sindicato contratante hace perder el derecho a la convención colectiva de trabajo, pues esta sigue rigiendo las relaciones en la empresa con los trabajadores, según el artículo 474 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la circunstancia de que un sindicato que celebra una convención colectiva de trabajo, que posteriormente deje de ser mayoritario, para convertirse en minoritario, no conlleva a perder aliento jurídico a la cláusula que ordena su aplicación a todos los trabajadores por igual, independientemente de que sean sindicalizados o no, en la medida en que en este caso concreto no es la ley la fuente de la obligación adquirida, sino su libertad de contraerla (sentencias SL, 12 may. 2005 rad. 24197, 2 nov. 2006 rad. 27459, 7 jul. 2010 rad. 37478, y 22 jul. 2009 rad. 35134).

Aquí y ahora, conviene precisar que, en todo caso, la aplicación de una convención colectiva, en la hipótesis que se analiza, tampoco puede verse afectada, supeditada o condicionada a la afiliación del beneficiario al sindicato, ni aun por la falta de pago de aportes sindicales (CSJ sentencia SL, 28 nov. 1994 rad. 6962). Mucho menos, si una convención posterior estableció que los descuentos con destino al sindicato se harían conforme a la legislación vigente, como ocurrió en el presente caso, en razón a que si la voluntad de los contratantes

hubiera sido condicionar su aplicación al pago de cuotas sindicales, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos lo hubieran expresado con unos enunciados de los que se pueda desprender de manera razonable ese alcance interpretativo (CSJ sentencia SL, 25 sep. 2012 rad. 38463).

Por consiguiente, la decisión del juzgado será **confirmada**.

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS Y DE VACACIONES.

La Convención Colectiva de 1965, contemplaba en su artículo 29, que se pagaría un mes de sueldo en junio, y dos sueldos, en diciembre, no obstante a través del artículo 16 de la Convención Colectiva de 1972, se amplió la de junio en una década, y a partir de la Convención Colectiva de 1974, se determinó que sería en 20 días más por lo que quedaría así: dos meses de salario en junio y dos meses de salario en diciembre (f.º 389 - 390); circunstancia que hasta la fecha se encuentra incólume.

Al analizar la disposición convencional, fácilmente se advierte que la prima allí consagrada es adicional a la existente, es decir, que se suma a la existente que es la legal, lo que indica que para este caso concreto no se tiene en cuenta el artículo 308 del Código Sustantivo de Trabajo, pues la empresa, en ejercicio del principio de la autonomía de la libertad, decidió reconocer esa prima convencional adicionalmente a la legal. De esta manera, y efectuadas las operaciones de rigor que se incorporan en el siguiente cuadro, tenemos que a la actora le corresponde por concepto de prima extralegal de servicios:

Prima de Servicios					
Desde	Hasta	Días por semestre	Salarios	Salarios por semestre	Valor del retroactivo
1/01/2015	30/06/2015	180	\$ 1.615.288	2	\$ 3.230.576
1/07/2015	31/12/2015	180	\$ 1.615.288	2	\$ 3.230.576
1/01/2016	30/06/2016	180	\$ 1.728.358	2	\$ 3.456.716
1/07/2016	31/12/2016	180	\$ 1.728.358	2	\$ 3.456.716
1/01/2017	30/06/2017	180	\$ 1.849.343	2	\$ 3.698.686
1/07/2017	31/12/2017	180	\$ 1.849.343	2	\$ 3.698.686
Valor total Prima extralegal de servicios					\$20.771.956

Se observa, que existe una ínfima diferencia entre el valor al que fue condenada la demandada, respecto de la prima extralegal de servicios, y el que obtuvo esta sala, pues el valor al que arribó la juez de primera instancia fue menor en \$10.000 M/CTE, no obstante como quiera quien apeló la decisión fue la parte demandada, habrá de **confirmarse** el valor dispuesto por la *a quo*.

Por su parte, la prima convencional de vacaciones se encuentra consagrada en el artículo 10 de la Convención Colectiva 1984 - 1986: "A partir de la firma de la presente convención, la Prima de Vacaciones tendrá la siguiente escala":

- Para el primer periodo el 50% de la remuneración integral mensual.
- Para el segundo periodo el 70% de la remuneración integral mensual.
- Para el tercer periodo el 95% de la remuneración integral mensual.
- Para el cuarto periodo el 115% de la remuneración integral mensual.

Así, efectuadas las operaciones de rigor que se incorporan en el siguiente cuadro tenemos que a la actora le corresponde por concepto de prima de vacaciones, el siguiente valor:

Prima de Vacaciones					
Desde	Hasta	Días por semestre	Salarios	Porcentaje de la prima	Valor prima
1/06/2014	31/05/2015	361	\$ 1.615.288	95%	\$ 1.534.524
1/06/2015	31/05/2016	360	\$ 1.728.358	115%	\$ 1.987.612
1/06/2016	31/05/2017	361	\$ 1.849.343	130%	\$ 2.404.146
Valor total prima de vacaciones					\$5.926.281

Sobre el valor correspondiente a la prima de vacaciones, no hay diferencia alguna entre el que calculó la *a quo* y esta sala, por lo que sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

DE LA LEGALIDAD DE LA SANCIÓN IMPUESTA A LA DEMANDANTE.

Al revisar las pruebas obrantes en el expediente, se observa que la demandante fue citada a comisión de descargos por no haber acatado la orden de traslado que se le hizo al municipio de Rovira, comunicada el día 14 de agosto de 2017 (f.º 255), y que debía llevarse a cabo el día 28 de septiembre de 2017, a las 9:00 am (f.º 259), informándole que si lo deseaba, podía estar asistida por dos compañeros de trabajo, para lo cual debería informar los nombres de estos.

El 20 de septiembre de 2017, la actora informó que estaría acompañada de los señores Carlos Arturo Castaño Correa, trabajador de Almacafé Sucursal Medellín, y Luis Alberto Olaya, trabajador del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima (f.º 260).

En comunicación del 21 de septiembre de 2017, recibida por su destinatario el día siguiente a las 9 a.m., la empresa ALMACAFÉ informó al señor Carlos Arturo Castaño Correa que no veía justificado concederle permiso para que acompañara a la demandante a la diligencia de descargos, quien podía estar asistida por compañeros del sindicato pertenecientes a SINTRAFEC-Ibagué; además, de que dicho permiso interfería con el normal y habitual cumplimiento de los deberes como trabajador y afectaba gravemente las actividades y compromisos de la empresa (f.º 4).

El 28 de septiembre de 2017, la oficina de Gestión Humana del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, levantó el acta en la cual la demandante manifestó que no respondería ninguna diligencia de descargos, hasta que la empresa le confiriera permiso a Carlos Arturo Castaño Correa, trabajador de Almacafé Medellín, suscribiendo dicha acta con Luis Alberto Olaya Nieto, dejando la constancia de que no había proceso disciplinario por falta de garantías convencionales (f.º 262). El mismo día la empresa le comunicó a la demandante la sanción de ocho (8) días (f.º 263).

Analizadas esas pruebas, observa la Sala que el señor Carlos Arturo Castaño Correa no era trabajador de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, sino de Almacafé, que es la otra sociedad que aparece suscribiendo las convenciones colectivas de trabajo y la que por razones del servicio negó el permiso a su trabajador por razones del servicio.

Frente al hecho de que no pudiera asistir Carlos Arturo Castaño Correa por las razones anotadas, en verdad nada impedía a la demandante que hubiera escogido otro trabajador compañero de la sede de labores para que la asistiera a la diligencia de descargos, máxime cuando no era la Federación quien debía conceder el permiso, ya que Castaño Correa no era trabajador suyo. Además, es claro que la demandante sabía que no se le había concedido el permiso a Castaño Correa, y por tal razón ello la obligaba a que designara a un compañero suyo de labores, fuera o no perteneciente al sindicato.

Por el contrario, la actitud de persistir en que fuere Castaño Correa quien la acompañara, bien puede considerarse como caprichosa, lo que, de contera, conlleva a colegir que la demandada

no le violó el derecho de defensa, por lo que fue ajustada a la ley la imposición de la sanción.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada en este aspecto.

DEL AUXILIO DE MOVILIZACIÓN.

Previo a solucionar este aspecto, debe tenerse en cuenta lo dicho por nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL, del 8 de mayo de 2014, rad. 42970, reiterada en sentencia SL-1405 de 2015:

“Además de ello, en lo que concierne a la senda jurídica por la que se encamina el cargo, lo cierto es que, a tono con lo concluido por el Tribunal, esta Sala de la Corte ha sostenido que las prestaciones extralegales, que son pagadas por mera gracia del empleador, pues no encuentran consagración legal en el contrato de trabajo o en alguna otra fuente de obligaciones vinculante, como la convención colectiva, el laudo arbitral o el pacto colectivo, pueden ser revocados unilateralmente, pues la liberalidad nace de la autodeterminación y no puede ser impuesta.”

Ahora bien, al revisar el contrato de trabajo celebrado por las partes el 1.º de junio de 2012, se constata que la demandante fue contratada para el cargo de extensionista en el municipio de Casabianca, y que su salario mensual sería de \$1.430.453. Así, en la cláusula tercera se pactó lo siguiente: *“Auxilio Especial: LA FEDERACIÓN reconocerá al trabajador un Auxilio de Movilización no constitutivo de salario por valor mensual de QUINIENTOS MIL PESOS M/cte (\$500.000 M/cte.), y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales.”* (f.º 16).

Aunado a ello, revisadas las pruebas obrantes en el expediente, no encontró la Sala condición alguna en el sentido de que dicho auxilio se pagaría siempre que el trabajador laborara en actividades

de campo y no en trabajo de oficina, aún cuando el testigo haya firmado que ello era así.

Lo anterior, por cuanto ni siquiera en la carta de traslado del 14 de agosto de 2017, se le indicó a la actora que por entrar a desempeñar trabajo de oficina ya no le sería reconocido el auxilio de movilización. Por el contrario, en la misma comunicación se le informó clara y expresamente que: *“Las demás condiciones contractuales no sufren modificación y continúan vigentes”*, (f.º 23).

En ese orden, es claro que la demandante tiene derecho a que desde el momento de su traslado la empresa le siga reconociendo el auxilio de movilización, que no fue una concesión unilateral de la empleadora, como equivocadamente lo consideró el juzgado, sino un acuerdo bilateral, que salvo el lugar de prestación de servicio y cargo, quedó vigente en lo demás. En ese orden, se revocará la decisión del juzgado, y en su lugar se condenará a la demandada a que restituya a la demandante a partir del mes de octubre de 2017, hasta el 31 de diciembre de 2018, por cuanto solo obran en el expediente los comprobantes de pago hasta esa data, lo correspondiente al auxilio de movilización, que al ser calculado arrojó el siguiente valor:

Valor del retroactivo de auxilio de movilización				
Desde	Hasta	Meses	Valor del auxilio de movilización	Valor total del Auxilio de movilización
1/10/2017	31/12/2017	3	\$ 500.000,00	\$ 1.500.000,00
1/01/2018	31/12/2018	12	\$ 500.000,00	\$ 6.000.000,00
Valor del retroactivo del Auxilio de movilización				\$ 7.500.000,00

Así, habrá de **revocarse** la sentencia apelada sobre este tópico, para en su lugar condenar a la demandada al pago del auxilio de movilización por los periodos en los que dejó de reconocerlo a la actora.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a la parte demandada de pagar el auxilio de movilización, para en su lugar **CONDENAR** a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar a la demandante **CAROLINA SUÁREZ CAMELO** el auxilio de movilización en cuantía de **QUINIENTOS MIL PESOS** mensuales (**\$500.000**) desde el mes de octubre de 2017, monto que hasta el 31 de diciembre de 2018, asciende a **SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$7.500.000)** y de ahí en adelante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en la instancia ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por la **ASOCIACIÓN NACIONAL SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA Y SIMILARES-ANASTRIVISEP** contra **G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 040 (014 2019 00697) 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la asociación sindical demandante, contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2021 por el Juzgado 40.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la organización sindical demandante, que se declare la igualdad salarial entre los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados al interior de la sociedad demandada, y que deben cesar las políticas de persecución sindical contra los asociados de Anastrivisep; y en consecuencia, se condene a la demandada al pago de la diferencia salarial para cada afiliado a la mencionada asociación desde el 1.º de enero de 2019, hasta la fecha de la presentación de la demanda, así como a realizarles el aumento salarial del 6% en el mismo periodo, con la indexación mensual sobre las sumas adeudadas (archivo 2.001.2, págs. 2-3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que el 25 de julio de 2017, se instaló un Tribunal de Arbitramento para dirimir conflicto colectivo entre las partes integrantes de la litis y el 10 de agosto del mismo año se recibió a las partes para la exposición de argumentos, entre los cuales la demandada opuso la no viabilidad de un incremento mayor al IPC por sostenibilidad financiera, sin poder sostener sus utilidades; el 27 de septiembre de ese año, se firmó laudo arbitral sobre las condiciones de 74 trabajadores sindicalizados y afiliados en dicha asociación, de conformidad con el listado que se observa en las páginas 4 a 8 del archivo 2.001.2 del expediente digital, entre las cuales se concedió el incremento salarial conforme al IPC anual durante la vigencia del laudo.

Añadió, desde el 1.º de enero de 2019, la demandada realizó incremento salarial del 3,18%, equivalente a \$30.663,25 para supervisores y vigilantes sindicalizados afiliados a la mencionada asociación, y a los no sindicalizados o que pertenecen a otro sindicato, por el 6%, equivalente a \$57.844,18; que la demandada

creó una política de beneficios extralegales a favor de los trabajadores no sindicalizados, superiores a lo establecido en el citado laudo arbitral, lo que «*puede incentivar*» la desafiliación sindical, así que se desvincularon de Anastrivisep, 46 trabajadores enlistados en las páginas 9 a 11 del reseñado archivo digital. Finalmente, indicó que el 9 de marzo de 2019, solicitó al Ministerio del Trabajo copia del expediente arbitral, el cual le fue enviado el 5 de abril siguiente (*ídem*, págs. 3-12).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió inicialmente al Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien la admitió el 24 de enero de 2020, ordenó la notificación y traslado a la demandada (*ídem*, pág. 23), quien la contestó oponiéndose a las pretensiones, para lo cual propuso las excepciones de mérito que denominó: inepta demanda por falta de legitimación de la organización sindical, inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, mala fe de la demandante, pago, compensación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (*ídem*, págs. 56-102).

A pesar de que el mencionado juzgado el 23 de noviembre de 2020, emitió auto mediante el cual tuvo por contestada la demanda y citó a audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, para el 4 de febrero de 2021 (*ídem*, pág. 158), en virtud de lo dispuesto mediante Acuerdos PCSJA20-11686 y CSJBTA20-109 de diciembre de 2020, el expediente fue remitido al Juzgado 40.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien avocó conocimiento del proceso en dicha fecha y practicó la audiencia virtual (archivos 2.001.5-6 y 11).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de marzo de 2021, declaró probada la excepción de mérito denominada inepta demanda por falta de legitimación de la organización sindical y en consecuencia, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la asociación demandante, e impuso costas a cargo de esta última, tras considerar que el conflicto jurídico cuya resolución le fue repartida, a saber, la «*nivelación salarial*» entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, corresponde a un asunto individual; por lo cual, sólo podría haberse pronunciado en virtud de acción individual, o por delegación de los asociados, de acuerdo con la jurisprudencia y el artículo 475 del Código Sustantivo del Trabajo (archivos 2.001.15-17).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, apeló dicha decisión, señaló que la organización sindical tiene la facultad de representar a sus afiliados y asociados en virtud de las obligaciones jurídicas del empleador para con estos que ella haya propiciado debido al laudo suscrito, además de que son dueños de las afiliaciones; agregó, que se probó en el plenario probatorio la diferencia salarial entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, así como la desafiliación ocasionada (archivo 2.001.16).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método la Sala verificará inicialmente si la organización sindical

demandante ostenta legitimación en la causa por activa para la presentación de la presente acción, luego de lo cual, de ser procedente, se estudiará si en efecto hay lugar al pago de la diferencia salarial deprecada.

En efecto, le asiste la razón a la *a quo*, en la medida en que la jurisprudencia ha adoctrinado que *«los representantes de los trabajadores en la puja colectiva deben velar y salvaguardar el interés general de los asociados, no de unos pocos. Por ello, los arreglos a los que arriben deben ser evaluados desde el tamiz del interés colectivo y el bienestar de todos los asociados»*. (CSJ SL16811-2017), y de la misma forma, ha diferenciado la clase de intereses de los sindicatos, entre el interés individual y el colectivo, al punto que en algunos casos ha defendido la posibilidad de que los gremiales se sobrepongan a los individuales de los trabajadores, *«siempre que ello sea una medida necesaria, razonada y proporcional para lograr el bienestar general de los asociados.»* (CSJ SL3933-2018).

Para poder distinguir la titularidad del derecho de acción en caso de incumplimiento de una convención colectiva, debe precisarse si el incumplimiento le causa un perjuicio que puede individualizarse en cada trabajador, o si solamente afecta un derecho que es común o general para los asociados de las organizaciones sindicales, cuyas funciones principales están reguladas en el artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, con la precisión de que ninguna de ellas las autoriza para representar en proceso judicial los intereses de sus trabajadores individualmente considerados.

En tal sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 475 del Código Sustantivo del Trabajo, y en concordancia con el numeral 5.º del artículo 373 *ibidem* los sindicatos pueden a exigir en nombre propio o en el de sus afiliados el cumplimiento de las convenciones colectivas de trabajo que suscriban, y el pago de los daños y perjuicios

que les son ocasionados por ese motivo, o los derivados de la naturaleza colectiva de los intereses económicos comunes o generales de los afiliados, que deban ser defendidos por la organización que celebró el acuerdo extralegal.

A su turno, el artículo 476 *idem* permite que los trabajadores obligados por él, puedan "*delegar*" en el Sindicato el ejercicio de la acción, por tratarse de un verdadero conflicto jurídico originado en el incumplimiento patronal de obligaciones convencionales que afectan los contratos de trabajo respectivos y ocasionan un perjuicio individual, pues si la norma convencional concreta un derecho en cabeza de cada uno de los trabajadores, son éstos, individualmente considerados, salvo que deleguen el ejercicio de su acción en el sindicato, los que deben acudir como parte demandante en el proceso pidiendo su cumplimiento o la indemnización del daño y perjuicios (CSJ SL, 18 dic. 1995, rad. 7916, reiterada en las SL, 15 may. 2012 rad. 38260, STL9740-2015 y SL3597-2020).

De manera que, en el segundo caso, ante el incumplimiento de una convención que les ocasiona un perjuicio individual, o como aquí sucede la no aplicación de un laudo, son los trabajadores titulares de la acción, quienes pueden incoarla directamente o delegar en el sindicato su ejercicio, mientras que en el primer evento, quien puede adelantar dicha acción es la organización sindical "*que sea parte de una convención*", siempre que no se esté en presencia de un perjuicio simplemente individual, sino de la defensa de los intereses comunes o generales de los agremiados, en cumplimiento de una de las funciones esenciales legalmente establecidas en el citado artículo 373.

Así las cosas, contrario a lo que en forma equivocada parece entender la asociación apelante, los sindicatos no pueden abrogarse

el derecho de representar en juicio intereses de estirpe meramente individual de sus agremiados, sin haber recibido la delegación respectiva, como sucede en el presente caso, donde se busca la no aplicación de una norma consagrada en el laudo arbitral con el fin de aumentar el porcentaje de incremento salarial anual allí dispuesto, en la medida en que una vez revisada la copiosa documental aportada en el expediente digital, no obra prueba que respalde tal hecho, siendo carga probatoria impuesta a Anastrivisep, al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, aplicables en materia laboral por expresa remisión del artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral.

Lo anterior, por cuanto los pedimentos de la agremiación sindical demandante, se enmarcan en situaciones laborales particulares y afectan las relaciones individuales de los trabajadores que pretende amparar, comprendiendo materias de índole laboral económica, que no son susceptibles de calificar como parte de un conflicto jurídico de orden colectivo, que pudiera transitar bajo la regla del artículo 475 del Código Sustantivo del Trabajo, sino, que deben tenerse como un conflicto jurídico plural que debe orientarse con base en el artículo 476 *idem*.

Corolario de lo anterior, no queda más que **confirmar** la sentencia apelada, sin que sea necesario el estudio por parte de la Sala del segundo planteamiento efectuado al inicio de las consideraciones, por sustracción de materia, en tanto que Anastrivisep no cuenta con legitimación en la causa por activa, para representar los intereses de los trabajadores, frente al pago de la diferencia salarial que se predicó en el libelo introductor, con la precisión de que la ausencia de dicho presupuesto da lugar a que establecida y declarada la legitimación en la causa, sólo sea posible predicar la cosa juzgada de forma relativa entre quienes actuaron en

el proceso, pues en últimas el derecho no se ha dirimido entre quienes en verdad pueden válidamente discutirlo (CSJ SL, 15 may. 2012 rad. 38260).

De cualquier forma, sin perjuicio de lo anterior y en gracia de la discusión, esta Sala de Decisión, considera que no se vulneró ningún derecho por parte de la aquí encartada, en los precisos términos expuestos por la agremiación demandante en su libelo introductor, en la medida en que ante la inexistencia de norma alguna que así lo disponga, el reajuste anual de salarios no es procedente cuando el monto devengado supera el salario mínimo mensual legal vigente (CSJ SL, 1º feb. 2011 rad. 46855 y 38947, SL, 7 nov. 2012 rad. 47333, SL7384-2014, SL1558-2016, SL18004-2017), como ocurre en el presente caso, respecto de quienes se allegaron los comprobantes históricos de pago (archivo 2.001), con los cuales sin duda se logra establecer que para los años 2017 y 2018, devengaron sumas superiores al salario mínimo legal mensual vigente para esas anualidades; de modo que, no era obligación de la empresa reajustar los salarios para estas personas en el año 2019, con base en el Decreto 2451 de 27 de diciembre de 2018, que estableció de manera concertada un incremento del 6% para el salario mínimo mensual legal vigente del año 2019, con base en la proporción fijada por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, en cumplimiento de la Ley 278 de 1996.

Ahora bien, si los trabajadores devengan un salario superior al mínimo y al incrementarse el salario mínimo, este supera al salario que tenía el trabajador, sí se debe reajustar hasta que sea igual al mínimo, pero en el presente caso, según las pruebas aportadas por la asociación demandante, y efectuadas las operaciones aritméticas del caso, para el año 2019, las personas que pretende liderar devengaron sumas superiores al salario mínimo, que, claramente

fueron reajustadas con base en el IPC certificado por el Dane, a 31 de diciembre de 2018 (archivo 2.001).

Por ende, a los jueces no les está permitido ordenar incrementos de salarios excepto cuando se trata del salario mínimo, pues no son los llamados mediante el trámite de un proceso ordinario, a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores (que devengan sumas superiores al salario mínimo, se itera), a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado, salvo que alguien devengue un monto inferior al mínimo legal y la empleadora se niegue a aumentarlo en la proporción determinada.

Así las cosas, le corresponderá al juez laboral hacerlo si se lo proponen a través de una demanda; sin que se pueda pasar por alto, que la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano afecta los ingresos de los trabajadores, y mengua su poder de compra de los bienes y servicios así que no ajustar al IPC el salario distinto (superior) al mínimo legal, supone un enriquecimiento sin justa causa para el empleador (CSJ *ibidem*, CC C-815-1999 y C-1433-2000, y artículos 53, 230, 373 de la Constitución Política y 148 del Código Sustantivo del Trabajo), que se itera, no es este el caso, ya que también se verificó con la instrumental aportada por la demandada, que para quienes devengaban en el año 2018 un salario mínimo, se les efectuó el incremento anual con base en los establecido por el Gobierno Nacional (archivo 2.001.13).

La situación expuesta por la apelante, no comporta en manera alguna, el establecimiento u ofrecimiento por parte de los empresarios del país, y en este caso específico de la pasiva, de mayores beneficios a los consignados en el laudo arbitral suscrito

entre las partes (archivo 2.001.3), con el fin de vulnerar el derecho fundamental de asociación sindical e intentar a toda costa conseguir una eventual disolución de la organización sindical demandante o menguar su poder u otra clase de conducta considerada antisindical, mucho menos movilizar la aparente forzosa renuncia de los trabajadores a la organización sindical, con tal de salvaguardar su bienestar y solventar sus necesidades económicas y las de su familia; por tanto, en los anteriores términos se surte la alzada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de marzo de 2021 por el Juzgado 40.º Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Con aclaración de voto)



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsGs-Hr7zldDhNCFEo1Vg5oBt0DI27a4zXkcSYrE1_m_kQ?e=5p3UQD