República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2018-00003-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **LUZ DARY ROCHA DE BONILLA** contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 317, 01:13:14 cd fl. 316).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 16).**

LUZ DARY ROCHA DE BONILLA solicitó condenar al pago de la reliquidación indexada de su pensión de jubilación, incrementos anuales, retroactivo indexado, mesada adicional de junio y el mayor valor que no asuma el fondo de pensiones con la subrogación pensional, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró por más de 20 años para el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO luego BANCO SANTANDER hoy la **DEMANDADA** del 03 de abril de 1979 al 07 de

octubre de 2001. Aseguró que mediante convención colectiva que consagró el reconocimiento de una pensión convencional de jubilación a favor de todo empleado del banco que llegué o haya llegado a los 50 años si es mujer y 20 años de servicios continuos o discontinuos a la institución. Aseguró que la H. CSJ en sentencia SL10641 de 2014, indicó que la formula aplicada en dicha convención no atendía los principios legales y constitucionales y por ello aplicó el 75% del promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a la terminación del contrato. Indicó que de todas formas, los trabajadores del Banco pueden optar por el reconocimiento de la pensión del artículo 260 CST por favorabilidad; igualmente, en la sentencia T-954 de 2013 y T-463 de 2013, ordenaron a la demandada indexar la primera mesada y la sentencia C-862 de 2006 indicó que el artículo 260 CST ampara la actualización del salario base de liquidación.

Señaló que el 08 de octubre de 2001, se le reconoció la precitada pensión convencional, sin embargo, en su liquidación no fueron considerados el auxilio de transporte convencional, las bonificaciones extralegales, los viáticos constitutivos de salario, los ajustes por bonificaciones de retiro, entre otros, a pesar de su naturaleza salarial, asegurando que su sueldo básico al momento del retiro fue $887.174 y que devengó en su último año de servicios $9.660.916 por sueldo, $301.185 por auxilio de transporte, $570.553 por bonificación extralegal proporcional del periodo del 09 de agosto de 2000 al 31 de diciembre de 2000, $1.242.727 del 1° de enero de 2001 al 30 de junio de 2001 y $743.917 del 1° de julio de 2001 al 07 de octubre de 2001, $489.039 por horas extras diurnas, nocturnas y festiva nocturna, $63.253 por compensatorio, $795.672 por bonificación extralegal - prima de vacaciones, $1.031.214 por bonificación extralegal - bonificación por antigüedad y retiro para acceder a la pensión y $440.133 por bonificación extralegal - vacaciones extralegales. Aseguró que los beneficios extralegales si fueron considerados para liquidar la pensión convencional de otros trabajadores, tal y como ocurrió en las conciliaciones que la demandada suscribió con HILARIO GUZMÁN ROMERO, CARLOS ALFONSO GUTIÉRREZ, GABRIEL

PATIÑO ARIZA y HUMBERTO SÁNCHEZ VEGA, omisión por la cual el Banco no consideró los $15.338.609 devengados en el último año de servicios por sueldos y bonificaciones extralegales sino $12.995.058, siendo el real monto del 75% del promedio de lo devengado $958.663 y no $812.191 como consideró la demandada. Aseguró que la pensión convencional se pagó con 14 mesadas anuales incluyendo la mesada adicional de junio y cuando cumplió 55 años en 2012 fue subrogada al RPM, conforme las normas convencionales y acta de conciliación, situación que la privó de la mesada adicional de junio porque el Acto Legislativo 1° de 2005 la eliminó, sin que la demandada haya asumido el pago de la diferencia que generó la pérdida de tal mesada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (fl. 183 a 196).**

ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a los extremos temporales de la vinculación de la demandante; que consagró una pensión convencional de jubilación; que el devengado en su último año de servicios por la demandada fue de $9.660.916 por salario básico, $301.185 por auxilio de transporte, $2.557.197 por prima legal extralegal, $795.672 por prima extralegal de vacaciones, $1.031.214 por bonificación extralegal por antigüedad y retiro para pensión; que consideró el auxilio de transporte y la bonificación extralegal proporcional en la liquidación de la pensión, la cual reconoció por $812.191 y pagó la mesada 14 hasta la subrogación de la prestación. Indicó que la demandante no se benefició de la pensión convencional de jubilación del artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991-1993, por cuanto no cumplió la edad exigida, no obstante, el Banco le reconoció unilateralmente una pensión extralegal, por ende, no se puede comparar con otros compañeros de trabajo que si cumplieron los requisitos para acceder al derecho convencional, de otra parte, señaló que el valor de la pensión de la actora se fijó en el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, el cual ascendió a $805.076, sin embargo, de forma unilateral también consideró el auxilio de transporte y la bonificación extralegal proporcional para liquidar la prestación, sin incluir conceptos no

salariales al no retribuir el servicio como compensatorios en dinero, prima de vacaciones, bonificación extralegal de antigüedad y de retiro, lo cual concuerda con el artículo 54 convencional que sirvió de base para el reconocimiento pensional y que solo considera el sueldo básico para liquidar el derecho y no existe responsabilidad del banco de cancelar valores adicionales a las diferencias en el valor de la mesada. Interpuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 317, 01:13:14 cd fl. 316).

El 13 de julio de 2020, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada.* ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la demandada* ***BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.*** *de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la señora* ***LUZ DARY ROCHA DE BONILLA.*** ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la demandante por ser la vencida en juicio, para lo cual se estiman las agencias en derecho en la suma de 15 salarios diarios mínimos legales vigentes.* ***CUARTO: REMITIR*** *el expediente a la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la decisión no fuera apelada por la demandante. (...)".*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste derecho a la demandante a reliquidar la pensión que le reconoció el Banco y al pago de la mesada adicional de junio, para establecer la procedibilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que las partes acordaron reconocer una pensión convencional transitoria, para cuya definición remitieron al artículo 54 de la convención colectiva de trabajo 1991-1993, norma que solo considera al salario básico y excluye a las bonificaciones, por lo cual los factores a incluir deben ser salario conforme el artículo 127 CST, sin que la demandante en su último año recibiera la bonificación por antigüedad y por ello no puede ser considerada, de otra parte, la

prima de vacaciones y las vacaciones extralegales no son salario sino un descanso remunerado y la bonificación por retiro no remunera el servicio, por lo cual no son salario; de otra parte, no es posible considerar factores que la demandada reconoció a terceros *mediante* conciliación porque se trata de un acuerdo de voluntades que no se extiende a la demandante; así las cosas, concluyó que la demandada solo debía considerar el salario básico y, de forma unilateral, decidió considerar otros factores no salariales como las bonificaciones extralegales y el subsidio de transporte, reconociendo un valor superior al que le es exigible, por lo cual no procede la reliquidación. Negó la indexación porque la pensión se reconoció al día siguiente de la desvinculación. Concluyó que el Banco acreditó que paga la mesada adicional de junio, al igual que COLPENSIONES, recibiendo la demandante la diferencia por parte de la demandada, lo cual es conforme a derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **LUZ DARY ROCHA DE BONILLA** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que la *a quo* erró al considerar que los factores de la pensión son los contenidos en la Ley y el CST, porque se trata de una pensión extralegal y por ende no aplican las normas legales sino las convencionales, siendo que la CCT de 1991-1993, a partir de su artículo 54, consagró factores que debieron ser revisados con fundamento en la sentencia SL10641 de 2014, donde la H. CSJ declaró ilegal y contraria a la Constitución la forma de calcular la pensión según el artículo 54 convencional y ordenó aplicar el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, de otra parte, no se valoraron las pruebas documentales allegadas al proceso y, en todo caso, debió reliquidarse la pensión con los valores efectivamente devengados en el último año conforme los extractos de pago y que no concuerdan con lo que el Banco cuantificó, así mismo, la bonificación de antigüedad si se pagó conforme el acuerdo de noviembre de 2001. Respecto la mesada adicional, la misma no puede ser desconocida por el Banco, ya que tiene la obligación de seguir pagando el mayor valor que resulte entre

la mesada de COLPENSIONES y la mesada convencional. Así las cosas, reclamó conceder la reliquidación, intereses moratorios o indexación y retroactivo[1] (01:14:02 cd fl. 316).

---

[1] Muchas gracias doctora. Encontrándome dentro de la oportunidad legal procesal pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 CPTSS, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia que el Despacho acaba de proferir, con la finalidad de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral se sirva revocar en su totalidad la sentencia, en tanto la misma se profirió con errores de interpretación y aplicación en los hechos, pruebas, fundamentos de derecho y precedente judicial, conforme los fundamentos que paso a exponer a continuación, que serán ampliados en la oportunidad pertinente en segunda instancia ante la Sala Laboral. En primer lugar, frente la pretensión de reliquidación de la mesada pensional, erró el fallo a considerar que los factores salariales aplicables eran los contenidos en la Ley, citando incluso las normas que contiene el CST, ignorando que a ser esta una pensión convencional reconocida de manera extralegal por acuerdo entre las partes no podía remitirse a lo que incluye el Decreto 1258 de 1994 frente a factores salariales y consecuentemente lo que incluye el CST frente a estos factores, cuando esta fue reconocida con fundamento en una norma extralegal convencional, por ese motivo debía remitirse a revisar los factores que fueron incluidos en la convención colectiva vigente, que se incluyen a partir del artículo 54 de la misma, factores que debieron ser revisados y ajustados conforme allí se incluían y también con fundamento en la sentencia SL10641 de 2014, en tanto la misma, contrario a lo que fue afirmado por el apoderado de la demandada y que brilla por su ausencia en la sentencia que se ataca, se ajustó y se modificó esta operación o manera de calcular la pensión que iban a reconocer los jubilados del Banco porque resultaba ilegal de cara a los derechos laborales de los pensionados, en ese orden de ideas, exigimos la reliquidación con fundamento en el artículo 54 de la CCT de 1991, la cual indica que la mesada se debe liquidar sobre los sueldos sin incluir las bonificaciones, pero omitió considerar en primera medida que dicha fórmula liquidataria, como expuse anteriormente, fue declarada ilegal y violatoria de los derechos a los pensionados y contraria a la Constitución en sentencia SL10641 de 2014 de la H. CSJ, por lo que resulta evidente que esta determinación del fallo apelado se tomó en inobservancia de las pruebas documentales que obran a folios 365 a 372, 24 y 25 del expediente, que es el convenio, 30 a 34 que es la conciliación y 35 que fue la liquidación de la pensión, igualmente se negó la reliquidación e inobservancia del precedente jurisprudencial en sentencia de la H CSJ sobre idénticas situaciones de hecho y de derecho. Reiteró que este precedente indica de manera clara que la formula aplicada por el BANCO SANTANDER hoy BANCO ITAÚ en la CCT de 1991, que fue aplicada para liquidar la pensión de mi prohijaba, no atendía a los principios legales y a la Constitución, determinando la Corte que a estas pensiones se les debía aplicar en su lugar una tasa de reemplazo del 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios inmediatamente anterior a la finalización del contrato de trabajo por parte de esta trabajadora hoy en día jubilada, incluso y en gracia de discusión, la suma realizada en la liquidación que reposa en el expediente a folio 35 no concuerda con los valores supuestamente cuantificados y tenidos en cuenta para el momento de liquidar esa primera mesada, motivo por el cual ese valor debió ser revisado y reliquidado conforme a los valores realmente devengados que obraban en los extractos de pago que se encuentran incluidos dentro del expediente. Frente la bonificación de antigüedad, que concluyó el fallo que no encontró evidencia que se le hubiera pagado a la demandante, téngase en cuenta que el reconocimiento y pago de ese concepto se evidencia en el acuerdo suscrito el 13 de noviembre de 2001 y que como indique anteriormente reposa a folio 30 a 34, en este sentido, de la simple revisión de los números incluidos en la liquidación de la pensión reconocida a la demandante se videncia que únicamente están cuantificados el promedio de los sueldos básicos que recibió la demandante para el año 2011, ni siquiera se evidencian los que supuestamente se incluyen en la liquidación, me permito citarlos, indican que incluyeron auxilio de transporte y unas bonificaciones extralegales y horas extras, pero de la simple suma e indexación de estos valores al día de hoy, se evidencia que lo que está ahí es el sueldo, en ningún momento se contabilizó bonificación, horas extras ni auxilio de transporte contrario lo afirmado por parte de la demandada en su contestación. En este sentido, cabe solicitar al honorable Tribunal que revise nuevamente este concepto porque uno, debió tenerse en cuenta el promedio de todo lo devengado en el último año por orden expresa de la H. CSJ que determinó la ilegalidad de la fórmula que se venía aplicando y adicionalmente los valores que fueron supuestamente incurridos no corresponden con la realidad y hoy en día no se evidencian en el pago de esta mesada, motivo en el cual se fundamenta el desacuerdo con lo concluido porque el fallo atacado frente la liquidación de los factores, incluyendo todo lo devengado por la demandante en el último año. En segundo lugar y frente la mesada adicional que debía ser reconocida por el Banco, téngase en cuenta que a ella le fue reconocida esta prestación en el momento de habérsele reconocido con esta primera mesada, derecho que no puede ser desconocido en esta segunda instancia y máxime cuando si bien el Decreto 758 de 1990 le permite al empleador subrogar la pensión al ISS hoy COLPENSIONES, él debía continuar teniendo a su cargo el mayor valor que resultara de la diferencia entre los reconocido por la pensión extralegal convencional y lo que pasara a reconocer COLPENSIONES, POR LO TANTO, SI COLPENSIONES en dada medida se rehúsa a reconocer el pago de esa mesada adicional a la demandante si está a

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada **ITAÚ** solicitó confirmar el fallo ya que la demandante hizo una interpretación errónea del artículo 54 convencional, porque dicha norma considera solo al promedio del sueldo básico devengado, por lo cual no se deben incluir factores adicionales, además la sentencia SL10641 de 2014 no trata un asunto pertinente al objeto del litigio y **COLPENSIONES** está pagando 14 mesadas y el acuerdo que impuso la pensión extralegal no reconoció el pago de mesadas adicionales. Agotado el término de traslado, la apoderada de la **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de la pensión extralegal que le cancela la demandada incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios y el pago de la

---

cargo del banco reconocer esa mesada adicional, sumado esto a los factores a aportes en salud que por ley le corresponde reconocer. En este orden de ideas y teniendo en cuenta la ilegalidad de la liquidación de la pensión y la inobservancia de todos los factores salariales y los fundamentos por los cuales debían ser incluidos todos los devengados en el último año de servicios, conforme la Ley y jurisprudencia aplicable para el año en que le fue reconocida la pensión y aquellas que han modificado la CCT o que la han revisado a la fecha de hoy, a la demandante si le procede el reconocimiento tanto de la reliquidación como de la indexación de los valores que le fueron reconocidos en ese momento y que se echan de menos en el día de hoy en la mesada pensional, en concordancia con esta declaratoria, igualmente se le deben reconocer los intereses moratorios o la indexación de esos valores traídos a la fecha de hoy, las mesadas de manera retroactiva que ha dejado de recibir por la omisión del banco al reconocer esta pensión sin el lleno de los requisitos legales y convencionales y en consecuencia procede no solo la reliquidación sino el reconocimiento de las mesadas de manera retroactiva y la mesada 14 o adicional que le corresponde a la demandante recibir, por orden expresa de la convención, del acuerdo suscrito con el Banco, de la conciliación suscrita con el Banco y de las sentencias que ya expuse. Por lo anterior, ruego al honorable Despacho se sirva revocar en su totalidad el fallo apelado para en su lugar reconocer a la demandante la reliquidación de la pensión que estará a cargo de la demandada, que se incluyan la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios y que además se condene al Banco a pagar la mesada adicional que se encuentra a su cargo, que le fue reconocida desde el inicio de la liquidación de la mesada convencional a la demandante y que adicionalmente se condene en costas. Con esto concluyo el recurso su Señoría.

mesada adicional de junio, para establecer la procedencia de las pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **LUZ DARY ROCHA DE BONILLA** laboró para el demandado BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** del 03 de abril de 1979 al 07 de octubre de 2001 (fl. 314); ***ii)*** la demandante devengó en su último año de servicios a la demandada $9.660.916 por salario básico, $301.185 por auxilio de transporte, $2.557.197 por prima legal extralegal, $795.672 por prima extralegal de vacaciones, $1.031.214 por bonificación extralegal por antigüedad y retiro para pensión (fl. 5, 6, 186, 187); ***iii)*** la demandada acordó el reconocimiento de una pensión convencional de jubilación en el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991-1993 (fl. 266 a 284); ***iv)*** mediante convenio del 05 de octubre de 2001, las partes acordaron el reconocimiento de una pensión compartible convencional transitoria de jubilación a favor de la demandante a partir del 08 de octubre de 2001, prestación que la parte ratificaron en diligencia de conciliación del 13 de noviembre de 2001 (fl. 205 a 211), ascendiendo la mesada inicial a $812.191 (fl. 23, 204); ***v)*** el extinto ISS reconoció pensión legal de vejez a la demandante mediante Resolución 129692 del 13 de diciembre de 2011 a partir del 04 de julio de 2011 en valor inicial de $1.337.132 (fl. 214 a 215).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

La apoderada de la demandante **LUZ DARY ROCHA DE BONILLA** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que la *a quo* se equivocó cuando consideró que los factores para liquidar la pensión son los legales y no

los convencionales, que la sentencia SL10641 de 2014 declaró ilegal y contraria a la Constitución la forma como el artículo 54 convencional calcula la pensión y ordenó que fuera del 75% de todo lo devengado en el último año de servicios, que no se valoraron las pruebas documentales y que debe reliquidarse la pensión con los factores efectivamente devengados en el último año de servicios, que si se pagó la bonificación de antigüedad y que el Banco no puede desconocer la mesada adicional.

- **Sobre la reliquidación pensional.**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que no existe controversia entre las partes de que la demandada reconoció pensión extralegal a favor de la demandante.

Ahora bien, revisado el expediente, se advierte que el convenio del 05 de octubre de 2001, es el acto jurídico por el cual la **DEMANDADA** se obligó a pagar la precitada pensión a la **DEMANDANTE** en los siguientes términos:

> *"(...)* ***CUARTA:*** *No obstante tener sólo 44 años de edad y 22 años de servicio al Banco, a partir del 08 de octubre de 2001, el* ***TRABAJADOR*** *empezará a recibir una pensión convencional transitoria de jubilación, liquidada sobre el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores y se le pagará hasta que cumpla 55 años de edad, fecha en la cual el* ***TRABAJADOR*** *reclamará ante el Instituto de Seguros Sociales o una Entidad de Seguridad Social la pensión de vejez (...) a partir de ese momento el* ***BANCO*** *le continuará pagando la diferencia si existiere, entre la pensión de jubilación que éste venía recibiendo u la que le otorgue el Instituto de Seguros Sociales o un Fondo Privado de Pensiones, como pensión de vejez (...)"* (fl. 205 a 206).

El anterior acuerdo fue elevado a conciliación el 13 de noviembre de 2001 ante el Ministerio de Trabajo (fl. 207 a 211).

Así las cosas, no queda duda de que las partes acordaron, de forma expresa, el monto de la prestación y la forma como sería liquidada la misma, al definir que sería del **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores**, sin acudir al artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A. y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS BANCARIOS – ACEB de 1991 a 1993 (fl. 266 a 284), lo cual explica porque se apartaron de la formula consagrada en dicha norma convencional que liquida la pensión sobre el 75% del "*promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, sin tener en cuenta bonificaciones*".

Como quiera que las partes acordaron expresamente para la pensión extralegal de la demandante una fórmula de liquidación distinta a la del artículo 54 de la CCT 1991-1993, no le asiste razón a la apelante de que se debe aplicar la sentencia SL10641 de 2014 en la cual la H. CSJ ordenó interpretar la convención considerando el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, pues no es cierto que la Alta Corte haya dado dicha orden, ya que revisada esa providencia se observa que la H. CSJ se limitó a indicar que los valores consagrados en el artículo 54 convencional están desactualizados, más nunca ordenó lo señalado por la apelante y, aún si la Corte hubiera dado tal orden, se reitera que la fuente de la pensión de la demandante no es el artículo 54 convencional sino el convenio del 05 de octubre de 2001 y la conciliación del 13 de noviembre de 2001.

En consecuencia, resulta claro que la pensión extralegal de la demandante corresponde al **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores**, por tanto, solo aquellos conceptos que son salario pueden hacer parte del cálculo de la pensión.

Conforme el artículo 127 CST, es salario no solo a la remuneración ordinaria del trabajador, sino también a todo lo que éste percibe como contraprestación directa del servicio, sin importar la

forma o denominación dada, norma que ha sido interpretada por la H. CSJ en las sentencias SL21210 de 2017, SL1296 de 2019, SL3700 de 2020, SL692 de 2021, entre otras, para concluir que es salario todo pago que real y efectivamente retribuye el trabajo al depender directamente de lo haga o deje de hacer el trabajador, siendo eventual el uso de otros criterios auxiliares como la habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago frente al ingreso total para inferir su naturaleza salarial cuando no es del todo claro que sea un pago retributivo del servicio.

En el caso bajo estudio, la **DEMANDANTE** alegó en su apelación que el Banco no liquidó su pensión extralegal considerando el valor que recibió en su último año de servicios, del 07 de octubre de 2000 al 07 de octubre de 2001, por subsidio de transporte, bonificación extralegal, trabajo suplementario y compensatorios, prima extralegal de vacaciones, vacaciones extralegales, bonificación por antigüedad y bonificación por retiro.

Contrario a lo dicho por la apelante, el subsidio de transporte no constituye salario, por cuanto se trata de un pago que no tiene por finalidad incrementar el patrimonio del demandante sino facilitar el cumplimiento de sus funciones y facilitar su desplazamiento al sitio de trabajo, conforme el artículo 128 CST.

De otra parte, tampoco son salario los pagos recibidos por vacaciones extralegales y prima de vacaciones, por cuanto las vacaciones son un descanso remunerado y no un pago retributivo de un servicio, pues precisamente en los periodos de vacaciones cesa la prestación personal del servicio, tal y como ha señalado la H. CSJ en sentencias SL2407 de 2019, SL313 de 2020, SL3690 de 2020, SL1576 de 2021, SL3712 de 2021, entre otras; a su vez, la prima de vacaciones pactada en el artículo 34 convencional no se consagró con una finalidad retributiva, sino que está atada al disfrute en tiempo de las vacaciones, al punto que el artículo 35 *ibídem* prohíbe su pago cuando se compensan las vacaciones en dinero (fl. 272vto), de lo cual se infiere

que su finalidad es facilitar el descanso del trabajado, por ende, no son salario.

Frente la bonificación por retiro, la **DEMANDANTE** recibió en octubre de 2001 $35.000.000 y adicionalmente $1.031.214 como bonificación por retiro por acceso a pensión (fl. 45), siendo relevante considerar que el primero de dichos pagos lo efectuó el Banco como bonificación por retiro imputable a cualquier acreencia insoluta derivada de la relación laboral, conforme se acordó en el convenio y posterior conciliación de 2001 (fl. 205 a211), de lo cual se infiere que tal suma no remunera el servicio sino que compensa un hecho puntual como lo es la terminación del contrato, pese a que esta se dio por mutuo acuerdo; por su parte, el segundo pago corresponde al beneficio del artículo 59 convencional, que fija el pago de una bonificación por una sola vez a quien su contrato de trabajo finaliza para entrar a disfrutar la pensión de vejez (fl. 275vto), de lo cual se infiere que la causa de dicho pago no es el servicio personal subordinado, por lo cual no tiene naturaleza salarial.

De otra parte, tampoco corresponde a la realidad la afirmación de la apelante respecto que la **DEMANDADA** no consideró la bonificación por antigüedad, ya que la demandante confundió la bonificación por retiro acordada en el convenio y posterior conciliación con la bonificación por antigüedad, última que es una prestación consagrada en el artículo 33 convencional que se paga cada 5 años de servicios (fl. 272) y precisamente la demandante laboró **22 años para la demandada**, por tanto, la última bonificación por antigüedad la recibió en 1999 y no en 2001, tal y como lo confirma el correspondiente comprobante de pago (fl. 43).

Por su parte, las bonificaciones extralegales, consagradas en el artículo 32 convencional como 4 sueldos al año pagados 2 en junio y 2 en diciembre que incluyen las respectivas primas legales, tampoco son salario, ya que no remuneran el servicio personal sino que se tratan de una prestación social convencional, acogiendo esta Sala la

regla jurisprudencial de la H. CSJ que define a las "*prestaciones sociales*", como aquel pago que pese nacer del contrato del trabajo no retribuye la actividad del trabajador sino que cubre riesgos o infortunios a los cuales se puede ver enfrentado, como la desocupación o afectación de su salud o inclusive vida, por tanto, son mecanismos de la seguridad social que cubren riesgo y no salario, tal y como se ha indicado en las sentencias SL Rad 5481 del 12 de febrero de 1993, SL403 de 2013, SL1234 de 2020, entre otras.

Así las cosas, la **DEMANDADA** solo tenía la obligación de liquidar la pensión extralegal considerando los factores salariales, como lo eran el sueldo básico, trabajo suplementario y compensatorios, sin incluir ningún otro factor de los reclamados por la **DEMANDANTE** porque no son salario, tal y como ya se expuso respecto a cada uno.

No obstante lo anterior, **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** liquidó la primera mesada pensional de la demandante considerando no solo el sueldo básico, sino también el valor del auxilio de transporte y las bonificaciones extralegales, por tanto, a los $9.660.916 devengado por salario en el último año de servicio también le sumo $301.185 por auxilio de transporte, $2.557.197 por bonificaciones y $475.759 por horas extras, compensatorios y bonificaciones cajero, obteniendo un total de $12.995.058 devengados equivalente a un promedio mensual de $1.082.921, siendo el 75% de aquel monto el valor de $812.191, valor con el cual empezó el pago de la pensión extralegal tal y como indican los respectivos certificados de pago (fl. 45, 204).

Dicha cifra es muy superior a la que se obtiene considerando únicamente el monto total de sueldo, recargo nocturno, horas extras y compensatorios, que son los **únicos factores que son salario**, por ende, concluye esta Sala que inclusive el Banco efectuó el reconocimiento de la pensión en unas condiciones más favorables a las establecidas en el convenio del 05 de octubre de 2001 y la

conciliación del 13 de noviembre de 2001, por tanto, no procede la reliquidación de la pensión extralegal.

- **Sobre el pago de la mesada catorce.**

La **DEMANDANTE**, en su recurso de apelación, reclama el pago de la mesada catorce, cancelada en junio de cada año, por cuanto indica que la demandada dejó de pagar la misma luego de que el extinto ISS le reconoció la pensión de vejez.

La Sala rechaza de entrada dicha suplica de la demandante, por cuanto revisado el acumulado de conceptos por empleados que registra cada uno de los pagos de la pensión extralegal, mes a mes, desde 2001, se observa que **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** nunca dejó de pagar la mesada adicional de junio.

En efecto, bajo el concepto de "*prima jubilados*", la Sala observa que la **DEMANDADA** pagó la mesada adicional en 2002-6 por $874.325, 2003-6 por $935.440, 2004-6 por $996.150, 2005-6 por $1.050.938, 2006-6 por $1.101.908, 2007-6 por $1.151.273, 2008-6 por $1.216.780, 2009-6 por $1310.107, 2010-6 por $1.336.309, 2011-6 por $1.378.670, 2012-6 por $43.087, 2013-6 por $44.138, 2014-6 por $44.994, 2015-6 por $46.641, 2016-6 por $49.799, 2017-6 por $52.662 y la propia demandante **LUZ DARY ROCHA DE BONILLA**, en su interrogatorio de parte, confesó que el Banco en junio de cada año le paga aproximadamente $49.000.

Así las cosas, quedó demostrado que la **DEMANDADA** nunca dejó de pagar la mesada adicional de junio y, si bien esta redujo su valor desde 2012, dicha disminución es legal porque la pensión extralegal es compartible con la que cancela COLPENSIONES, entidad que certificó que la demandante recibe 12 mesadas al año y 2 mesadas adicionales al año (fl.302), por tanto, no hay mérito alguno para acceder a la petición de la apelante.

Resuelto todos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación y por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26 2017 00359 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JAVIER PRADO GARCIA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **MAXICASSA S.A.S.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 19 de diciembre de 2007 y el 20 de septiembre de 2016; que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 19 de diciembre de 2007 se vinculó a la empresa MAXCERAMICA hoy MAXICASSA, para el cargo de asesor comercial; que tenía una asignación mensual de $1.100.000 más una comisión por ventas mensual de $961.502; que en el mes de julio de 2015 le informaron que iba ser desvinculado y mediante engaño le indicaron que recibiría una indemnización de $4.000.000; que para ello le presentaron un documento de terminación de contrato laboral por mutuo acuerdo; que no firmó este documento y por ello el 21 de julio de 2015, la empresa le desmejoró sus condiciones laborales, degradándolo al cargo de asesor comercial; que le asignó un salario de $689.455, más una comisión mensual de $1.096.572; y que dicho cargo lo desempeñó hasta el 20 de septiembre de 2016.

Señaló que mediante Escritura Pública 4653 del 14 de diciembre de 2015, la sociedad demandada cambió su nombre de MAXCERAMICA S.A.S. a MAXICASSA S.A.; que según certificación expedida por la demandada el 10 de octubre de 2016, laboró al servicio de dicha empresa mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 19 de diciembre de 2007 y el 30 de junio de 2015, en el cargo de administrador de sala de ventas y devengaba un salario mensual de $1.100.000, más una retribución mensual de $961.502 y un auxilio extralegal de rodamiento de $200.000; que la misma certificación señala que ocupó el cargo de asesor comercial desde el 21 de julio de 2016 hasta el 20 de septiembre de 2016, que devengaba un salario mensual de $689.455 y una comisión mensual de $1.092.572; que la demandada dio por terminado el contrato aduciendo la existencia de una justa causa que no está probada y por ello debe pagarle la indemnización respectiva.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MAXICASSA S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la

existencia de la relación laboral y los dos contratos de trabajo que la rigieron, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de buena fe por parte del empleador, pago de salarios y prestaciones sociales al trabajador, inaplicación de la sanción moratoria, cumplimiento del pago de las prestaciones de carácter legal al trabajador, carácter no salarial de las prestaciones o beneficios extralegales concedidos por mera liberalidad del empleador, carácter no retributivo del servicio de las prestaciones extralegales, cobro de lo no debido, prescripción, existencia de despido legal con justa causa y pago total de la obligación (fls. 54 a 90).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de enero de 2021, declaró la existencia de una relación laboral entre las partes y negó las demás pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante y la demandada existieron dos contratos de trabajo uno vigente entre el 19 de diciembre de 2007 hasta el 15 de julio de 2015 el cual fue terminado por transacción entre las partes y otro entre el 21 de julio de 2015 hasta el 20 septiembre de 2016 terminado de manera unilateral con justa causa por parte del empleador. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante. Fijándose como agencias en derecho la suma de NOVESCIENTOS MIL PESOS ($900.000). **CUARTO: CONSULTESE** la presente sentencia en caso de que no sea debidamente apelada".*

La Juez definió el problema jurídico en determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, sí se adeuda suma alguna

por concepto de prestaciones sociales y si la terminación del contrato se dio por una justa causa. Para resolverlo indicó que la demandada aceptó que la relación laboral estuvo regida por dos contratos de trabajo y que el último de ellos estuvo vigente entre el 21 de julio de 2015 y el 20 de septiembre de 2016, sobre el primer contrato definió que estuvo vigente entre el 19 de diciembre de 2007 y el 15 de julio de 2015, y que éste finalizó por el contrato de transacción suscrito entre las partes, cuya validez no se controvirtió en la demanda y por ello no es procedente declarar la existencia de un único contrato de trabajo. Sobre la terminación del segundo contrato de trabajo, señaló que la justa causa aducida por la demandada para dar por terminado el contrato se encuentra acreditada y por ello no es procedente el pago de la indemnización que se reclama.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que en la demanda sí se controvirtió la validez del contrato de transacción suscrito entre las partes, pues allí se señaló que dicho acuerdo se suscribió mediante engaño, que además dicho acuerdo carece de validez en cuanto el actor estaba renunciando a derechos irrenunciables, como las prestaciones sociales, y que además solo tenía como objeto dar por terminado el contrato inicial para suscribir posteriormente otro contrato de trabajo que desmejoraría sustancialmente las condiciones laborales. Sobre la ocurrencia de una justa causa para dar por terminado el segundo contrato de trabajo, señaló que al actor únicamente le hicieron unos descargos por el hecho que se le imputa, que la facturación que hacía el demandante siempre se realizaba con supervisión del administrador, quien autorizó o avaló la facturación que realizó frente a la venta objeto de discusión, que

al haber sido avalada esta factura por la demandada no podía oponerse después este hecho como constitutivo de una justa causa.[1]

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte el apoderado de la parte demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

---

[1] *"De manera respetuosa señores Tribunales solicito que se revoque la decisión de la señora Juez de primera instancia del juzgado 26 Laboral del Circuito, en cuanto que se absolvió de todas las pretensiones indicadas en la demanda. La señora Juez indica que hubo dos relaciones contractuales entre el señor Javier Prado y la empresa demandada y que una terminó por transacción y que esto no fue objeto por parte de este abogado de pronunciamiento ni se atacó, este abogado en el numeral 4 de la demanda indicó que se le obligó fue mediante engaño, así se indicó en el numeral 4 de la demanda y así lo reza, el contrato de transacción que se dice por parte de la empresa y la señora juez no avaló, para este abogado, para esta defensa, es un documento que no cumple con los requisitos, no se entiende como una persona va renunciar a sus derechos que son irrenunciables, en este caso, sus liquidaciones, sus prestaciones más aun cuando se estaba liquidando de forma arbitraria por parte de la empresa, lo que era el no reconocimiento de los pagos periódicos y simplemente se le dio un pago de 4 millones de pesos y siendo la verdad que al señor se le hizo firmar este contrato y que fue la empresa la que le puso este documento que nunca lo discutió, que fue un contrato realizado por la misma entidad, la parte demandada, con el fin de que suscribiera el próximo contrato que ya tenía a la vista, el cual se desmejoraba, el primer contrato, cuando se dice que terminó pues al poco tiempo se suscribió el otro contrato y no se entiende porque una persona va renunciar y al poco tiempo va ser vinculada por la empresa, este abogado considera que el contrato de transacción que se hizo por parte de la señora juez no cumple los requisitos pues porque son derechos irrenunciables y que este abogado si se atacó en la demanda y que había sido mediante un engaño, ahora, frente a que el señor fue despedido sin justa causa, según lo afirma la señora juez, al señor Javier Prado simplemente se le dio unos descargos, nunca estuvo debidamente asesorado, el señor hizo una facturación como él lo dice, pero esto siempre fue bajo supervisión del administrador, que en ese tiempo él ya era asesor, entonces él comunicó esto y así fue avalado por parte del administrador de punto de venta, entonces si la empresa misma avala una facturación, pues no puede ser después una excusa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de la empresa y de esta manera salvar el cumplimiento de lo que tiene que ver con la indemnización por despido sin justa causa, entonces yo si le solicito a los magistrados del tribunal que revoquen la decisión de la señora juez y en su defecto se condene a la demandada de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias"*

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir la validez del acuerdo de transacción suscrito entre las partes y si el segundo contrato de trabajo existente entre las partes, finalizó por la ocurrencia de una justa causa.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: ***i)*** entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 19 de diciembre de 2007 y el 15 de julio de 2015, y que dicho contrato finalizó por un acuerdo de transacción suscrito entre las partes (Pdf. 1, fls. 91 y 101, hechos que además fueron aceptados por la demandada en la contestación de la demanda); ***ii)*** que entre las partes existió un segundo contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 21 de julio de 2015 y el 20 de septiembre de 2016 (Pdf. 1 fls. 105 y 122); ***iii)*** que mediante comunicación del 20 de septiembre de 2016, la demandada dio por terminado el contrato aduciendo la ocurrencia de una justa causa (fl. 122).

- **Sobre el contrato de transacción.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que en materia laboral los artículos 14 y 15 del CST otorgan validez a la transacción entre las partes del contrato de trabajo, siempre y cuando no se desconozcan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, es decir, derechos respecto de los cuales no haya duda alguna del sustento normativo que los genera, ni duda de la ocurrencia de los supuestos que la norma contempla para que se causen.

En el caso bajo estudio, aduce el apoderado de la parte demandante que el contrato de transacción suscrito entre las partes el 15 de julio de 2015 carece de validez en cuanto incluye derechos ciertos y discutibles del trabajador. Al revisar el contenido de dicho contrato (Pdf. 1, fl. 101), se advierte que la cláusula primera define:

"El presente acuerdo tiene por objeto: (i) Resolver y finalizar todas las diferencias presentadas y/o que pudieran presentarse entre las partes en relación con el término de duración de la relación laboral, la forma de contratación, la liquidación de EL TRABAJADOR, así como la remuneración, prestaciones sociales, indemnizaciones y aportes efectuados durante la relación laboral; (ii) Cualquier otro asunto de carácter laboral que guarde relación directa o indirecta con la vinculación de EL TRABAJADOR con EL EMPLEADOR y; (iii) Cualquier derecho laboral que de ellas surja o pueda llegar a surgir; lo anterior para precaver cualquier diferencia o litigio presente o futuro entre las partes, en relación con los hechos descritos en los considerandos anteriores"

También señaló dicho acuerdo que: "*Como consecuencia de la terminación por mutuo acuerdo, EL EMPLEADOR le reconocerá, por una sola vez, al TRABAJADOR una suma transaccional e indemnizatoria a título de mera liberalidad por valor de CUATRO MILLONES DE PESOS M.L. ($4.000.000.oo)*".

De ello, se deduce que las partes estimaron en dicho valor, las prestaciones que se adeudaban a la terminación del contrato y la forma de terminación del mismo, por ello la Sala definirá el valor de las prestaciones para establecer si el acuerdo desconoce los derechos ciertos e indiscutibles de JAVIER PRADO GARCIA, precisando que solo se realizará la liquidación correspondiente a las cesantías del año 2015, pues la prueba de pago de la cesantía del año anterior se encuentra en el fl. 29 del Pdf. 1, y la prima de

servicios y vacaciones desde el 1° de enero de 2015, pues sobre estos valores no hay prueba de pago. No se liquidaran valores anteriores teniendo en cuenta que el apoderado en el recurso, nada expresa sobre prestaciones adeudadas por periodos anteriores.

Para el efecto, se tendrá en cuenta que la certificación obrante a folio 25 del Pdf. 1 del expediente, certifica que el demandante devengaba un salario de $1.100.000 más una comisión mensual $961.502, es decir, se tendrá como salario base la suma de $2.061.502.

DIAS	SALARIO	VALOR CESANTÍAS	VALOR INTERES A LAS CESANTIAS	VALOR PRIMA DE SERVICIOS
195	$ 2.061.502	$ 1.116.646	$ 72.582	$1.116.646
	TOTAL	**$ 1.116.646**	**$ 72.582**	**$ 1.116.646**

VACACIONES			
AÑO	DIAS	SALARIO	VALOR VACACIONES
2015	195	$ 2.061.502	$ 558.323
		TOTAL	**$ 558.323**

TOTAL VALORES ADEUDADOS: $2.864.197

Teniendo en cuenta las operaciones aritméticas que preceden se advierte que el contrato de transacción suscrito entre las partes no desconoce los derechos ciertos y discutibles del trabajador en cuanto los valores a pagar determinados en dicho acuerdo, son superiores a lo que corresponde al demandante por concepto de prestaciones y vacaciones adeudadas, además de lo anterior no puede desconocerse que sumado a los $4.000.000 que se le cancelaron al actor por concepto del contrato de transacción, la demandada también realizó la liquidación final de prestaciones, la cual tasó en la suma de $2.353.656, y luego de aplicar descuentos por préstamos y otros le canceló al actor la suma de $959.687,

razón por la cual concluye la Sala en la validez del acuerdo, lo que impone la confirmación de la decisión de primera instancia en este aspecto.

- **Sobre la existencia de una justa causa en la terminación del contrato de trabajo.**

Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a) define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y por ello sin el pago de indemnización.

Dentro de tales conductas, el numeral 6° literal a), al que corresponden los hechos alegados como justa causa, autoriza al empleador el despido del trabajador cuando ha incumplido, en forma grave, con las obligaciones o prohibiciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o cuando incurre en una falta grave a las obligaciones o deberes que se comprometió en forma específica a cumplir respecto de un empleador determinado. En este último caso, la misma norma faculta a las partes para definir en el contrato, en el Reglamento Interno de Trabajo, en el pacto colectivo o en la convención colectiva, las conductas que se consideran graves, y cuando no estén así definidas en los citados acuerdos, debe el Juez establecer si intrínsecamente tienen ese alcance, analizando en cada caso el incumplimiento del trabajador. Así lo ha aceptado de manera reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL672 de 2019, SL2342 de 2019, SL3447 de 2019, SL3196 de 2019.

En este orden de ideas, debe el Tribunal verificar, de las pruebas aportadas: ***i)*** si los hechos alegados ocurrieron, ***ii)*** si tales hechos constituyen una falta a las obligaciones del trabajador, y ***iii)*** si éstos revisten gravedad.

i) Sobre lo primero, de la carta de terminación del contrato que obra a folio 122 del Pdf. 1 del expediente, se advierte que la demandada refirió como hechos constitutivos de la justa causa del despido, los siguientes:

"(...) Aceptó que había recibido una instrucción de que no se podía vender esa mercancía al subdistribuidor Jhon Burgos y a ese precio, manifestando textualmente "vuelvo y le repito, antes de que el hiciera la reunión, él me había dicho que si podía venderla, le pongo que habían pasado 5 min. Después de que me dijera que sí, y luego dijo que no se podía vender a subdistribuidor y a ese precio".

Consideró que si el precio está marcado en el sistema así se debe vender al cliente ***o al precio que el administrador dice****, señalando que vender a un precio mayor del sistema se le podían perder las ventas, manifestación que no es de recibo, pues quien tiene la facultad para controlar los precios de las mercancías es precisamente el administrador de la sala de ventas y no el asesor comercial. Los márgenes de utilidad para la empresa y las estrategias de ventas se le indican al administrador, quien puede vender por encima del precio referencia registrado en el sistema, pero que fue (sic) ser modificado por el administrador, según las orientaciones de la dirección de MAXICASSA, por ello, se encuentra acreditado que usted no atendió la instrucción precisa de no vender la citada mercancía y al precio señalado, siendo un grave incumplimiento de sus funciones al desatender una orden directa de su jefe inmediato, de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral 4) del artículo 59 y numeral 13 del artículo 61 del reglamento interno de trabajo.*

De otra parte, no se encuentra justificación para haber registrado en la factura de venta N° 105B00007873 del 24 de julio de 2016 que el comprador había sido el sr Oscar Ramírez, quien claramente manifestó que él no había comprado esa mercancía, hecho que finalmente usted aceptó en la diligencia de descargos al manifestar que

no había facturado con los datos que realmente correspondían al afirmar "Porque no me dio los datos, y yo facture al primero que se me dio, no solo lo he hecho yo, también lo han hecho varios de los asesores (...)".

Sobre el primer hecho aducido por la demandada para dar por terminado el contrato del actor, encuentra el Tribunal que dicho hecho ocurrió, pues así lo aceptó el demandante en la diligencia de descargos celebrada el día 14 de septiembre de 2016. Al preguntársele:

"Mediante información por el administrador de Cera Bosa- Jorge Bernal el día 24 de julio de 2016 al cliente Oscar Ramírez se le realizó una factura con N° 105B00007873 por valor de $1.519.675 de una venta de unos saldos que habían llegado el 22 de julio de 2016, a un precio de 14.990 cuando inicialmente se había dado una orden y era de vender a un precio diferente, que pasó al respecto?. CONTESTO: Llego el carro con todos los saldos, todos los subdistribuidores estaban pendiente de esa llegada de esa mercancía, apenas llegó, el Sr. John Burgos que es subdistribuidor me dijo que necesitaba 1 estiba de saldo de Arauca. Yo me acerque a donde Jorge y le dije que John Burgos estaba interesado y me dijo que lo vendiera a 16.000 y John dijo si a 16.000 se lo facturara. Luego hablo con Liliana y se me acercó y me dijo que ya no se podía vender, si a mí me dicen desde un inicio que no se podía vender yo no lo hubiera ni ofrecido, Liliana fue la que le dijo a Jorge que no lo vendiera y ahí fue que me dijo que no la podía vender, a mí me están pagando por vender, y mi ppto es de 100.000.000 y eso es lo que hago vender. Luego nos dijo que los saldos no se podían vender a subdistribución, entonces no lo vendí. El día domingo 24 de julio el sr. Oscar Ramírez se presentó en la sala de ventas, para verificar la cotización que le había hecho 15 días atrás, y me dijo que no iba llevar la cocina, ni barras de seguridad y no se pudo vender porque en el sistema estaban a 70 y me dijo Jorge que las vendiera a 110 y entonces el cliente eso no me lo llevo. De los 10 millones de la cotización se vendieron casi 7, luego se acercó el sr John Burgos y le facture una estiba de piso Arauca a 14990 lo que estaba

en el sistema, el sr. John Burgos se le entregó su estiba que de hecho venía con rotura (...)".

Además de lo anterior, al preguntarle:

"*apenas llegaron los saldos, el administrador dio unas indicaciones de vender a un precio mayor al que usted vendió la mercancía ($15990), y además de no vender a subdistribuidores, porque desacata las instrucciones dadas del administrado? CONTESTO: Vuelvo y le repito, antes de que el hiciera la reunión, él me había dicho que sí podía venderla, le pongo que habían pasado 5 min después de que me dijera que sí, y luego dijo que no se podía vender a subdistribuidor y a ese precio*" (Pdf. 1, fl. 121).

Los demás hechos aducidos por la demandada en la carta de terminación de contrato, también se encuentran acreditados, pues en la misma diligencia referida el actor aceptó haber facturado la mercancía que vendió a John Burgos a nombre de Oscar Ramírez, al efecto cuando le preguntaron porque no facturó la mercancía a nombre del cliente final, manifestó: "*Porque no me dio los datos y yo facture al primero que se me dio, no solo lo he hecho yo, también lo han hecho varios de los asesores*".

ii) Sobre lo segundo, es decir si tales hechos constituyen o no faltas a las obligaciones o prohibiciones del trabajador, la Sala dirá que sí, pues dentro de la misma diligencia de descargos realizada el día 14 de septiembre de 2016, el demandante aceptó que era parte de sus funciones, la de "*ingresar al sistema los datos necesarios para la elaboración de la factura del cliente*" (Pdf. 1, fl. 119), y más adelante manifestó saber que constituía una falta desautorizar al jefe inmediato (Pdf. 1, fl. 121). También está establecida como una obligación del trabajador, en el numeral tercero de la cláusula segunda del contrato de trabajo "*Cumplir rigurosamente las observaciones que le impartan EL EMPLEADOR o sus representantes o sus representantes en forma oral o escrita*" (Pdf. 1, fl. 105).

Además de lo anterior, al analizar el testimonio de WILMAR GIOVANNY ARIZA RODRIGUEZ (audio 2 min. 05:57), y de LAURA CAMILA RAMOS LOPEZ (audio 2 min. 25:48), quienes fueron compañeros de trabajo del actor en la demandada, manifestaron que era función de los asesores de ventas realizar la factura correspondiente y pasarla a caja para que el cliente cancelara.

De lo anterior, concluye la Sala que efectivamente era obligación del demandante realizar la factura de las ventas realizadas y atender las órdenes que daba el superior inmediato, que en este caso era el administrador de sala de ventas.

Por ello, el actor faltó a sus obligaciones en el momento en que decidió hacer una venta de saldos a un subdistribuidor, venta que no estaba autorizada, y por debajo del precio indicado por su jefe inmediato; además de haber facturado dicho producto a nombre de un cliente distinto al que efectuó la compra, pues elaboró la factura a nombre de Oscar Ramírez, cuando la persona que efectuó la compra fue John Burgos.

iii) Sobre el tercer aspecto, es decir si la falta a sus obligaciones es grave o no, la Sala también responderá afirmativamente, pues las pruebas acreditan que el contrato de trabajo en su cláusula 7ª califica como falta graves las siguientes conductas del trabajador *"36. La violación por parte del* ***TRABAJADOR*** *de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias consignadas en forma oral o escrita, especialmente las consagradas en la cláusula segunda del presente contrato. 37. Cambiar el nombre de los clientes, giradores o de quienes efectúen el pago, salvo el caso de los pagos por otros o por terceros, o abonar o elaborar recibos de pago y/o facturas a nombre de clientes diferentes de los propios giradores u obligados"* (fl. 109), y aunque ello no fuera así, el Tribunal de todas formas entiende que la conducta del trabajador reviste gravedad intrínseca suficiente, pues los hechos por él realizados están directamente relacionados con la confianza

que el empleador deposita en sus trabajadores, en cuanto a la disposición de acatar las órdenes e instrucciones que se imparten y en que sus trabajadores consignan dentro de la facturación que realizan datos verídicos respecto del cliente que realiza la compra.

Por lo anterior, concluye la Sala que está demostrada la existencia de una justa causa legal para el despido del demandante, y por ello se confirmará la sentencia de primera instancia que llegó a conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 27 2019 00775 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS ARMANDO OTALORA NIÑO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 25 de noviembre de 1962; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 6 de marzo de 1986 hasta el 31 de agosto de 1990, y cotizó a dicha entidad un total de 409.29 semanas; que el 31 de enero de 2005, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 16 de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Cr. 7).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación a PORVENIR, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (Crp. 8 pdf 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante

sentencia del 7 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR**: la ineficacia del traslado del señor CARLOS ARMANDO OTALORA NIÑO del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demanda LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS ARMANDO OTALORA NIÑO como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: COLPENSIONES** tener como válidamente afiliado al señor CARLOS ARMANDO OTALORA NIÑO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en la suma de $1.000.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES"*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar

información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso del demandante al RPM a través de la figura de la ineficacia, pues no se valoró en debida forma la totalidad de las pruebas que acreditan que el demandante conocía las características del RAIS porque el asesor del fondo le dio la información necesaria, como lo aceptó en diligencia de interrogatorio de parte. Señala además que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, en cuanto no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó al actor con la AFP PORVENIR, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no se le dio el valor probatorio que corresponde al formulario de afiliación, que contiene la manifestación de voluntad del actor y que en su momento, era el único requisito que se exigía para perfeccionar el traslado o afiliación de un afiliado. Señaló que el demandante conocía las características del RAIS y recibió la información necesaria para efectuar el traslado, pues así lo aceptó en el interrogatorio de parte. Sobre la condena a la devolución de los gastos de administración manifestó que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad

por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para el efecto.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los presupuestos definidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración al RPM .

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 25 de noviembre de 1962 (fl. 14); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad hasta el 31 de agosto de 1990, un total de 409.29 semanas (fl. 16); ***iii)*** que el 31 de enero de 2005, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 17); ***iv)*** que el 16 de octubre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 18).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades

financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición*

	relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS ARMANDO OTALORA NIÑO se trasladó a la AFP

PORVENIR el 31 de enero de 2005, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, min. 9:50), pues al efecto solo manifestó que en la empresa donde laboraba para la época del traslado, los reunieron en un salón con asesores de PORVENIR durante aproximadamente 20 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron en dicha reunión es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Para responder el argumento de apelación de las demandadas, referido a que el actor aceptó en diligencia de

interrogatorio de parte haber recibido información completa por parte del asesor de PORVENIR y saber las características del RAIS, resulta pertinente indicar, que de las manifestaciones realizadas por el actor solo se deduce que el asesor del fondo le brindó información sobre determinadas características del RAIS, pero de ello no se estable que la información recibida fuera clara suficiente y veraz, para entender cumplido el cumplimiento del deber de información en los términos específicos que fija la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia referida.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los

gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS ARMANDO OTALORA NIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2019 00775 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2019 00673 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

OLGA LUCIA QUINTANA PIÑEROS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia

del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 20 de marzo de 1965; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 16 de diciembre de 1991 y el 30 de junio de 2002, cotizando a dicha entidad 300.57 semanas; que el 6 de junio de 2002, se trasladó al RAIS administrado por la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 31 de enero de 2006, se trasladó a la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 1° de agosto de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de hecho de la víctima saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo debido, prescripción y caducidad (Cd. 3).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la actora y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones

propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Cd. 2, fls. 1 a 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora OLGA LUCIA QUINTANA PIÑEROS al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 6 de junio de 2002, por intermedio de la entonces SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONFDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora OLGA LUCIA QUINTANA PIÑEROS identificada con CC. N° 51.783.569 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO:** COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la*

demandante. ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, consúltese con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento del traslado de la actora no era una obligación legal documentar el tipo de información que se le brindaba a un afiliado, ni realizar una proyección de la posible mesada pensional que le correspondería en uno u otro régimen. Refirió que el acto del traslado de la demandante fue libre y voluntario y su voluntad se materializó con la suscripción del formulario. Sobre la devolución de los gastos de administración refirió que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la actora del traslado de la demandante es válido en cuanto éste obedeció a una decisión

libre y voluntaria, que además la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el paso del tiempo y con el traslado entre AFP que realizó.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos. Igualmente,

deberá dilucidarse la procedencia de la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 20 de marzo de 1965 (fl. 33); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 16 de diciembre de 1991 y el 30 de junio de 2002, por un total de 300.57 semanas (fl. 35); ***iii)*** que el 6 de junio de 2002, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (Cd. 2, fl. 30); ***iv)*** que el 31 de enero de 2006, se trasladó a la AFP PORVENIR (Cd. 2, fl. 31); ***v)*** que el 1° de agosto de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 13).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra para el afiliado su escogencia libre y voluntaria; a su turno, el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a*

	artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último punto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora OLGA LUCIA QUINTANA PIÑEROS se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 6 de junio de 2002, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4 min. 21:24), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado inició a trabajar en Intervalores una comisionista de bolsa, que cuando llegó a recursos humanos tenían listos todos los formularios de afiliación diligenciados, había un asesor de Horizonte y al preguntar porque debía afiliarse a dicho fondo el asesor le respondió que era la mejor opción porque el ISS se iba acabar pero no le dijeron nada más.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por el representante legal de la AFP PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, min. 12:03), pues solo manifestó que no estuvo presente en el momento en que la demandante suscribió el formulario de traslado y que para esa fecha no existía obligación de documentar el tipo de información que se daba al afilado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así

como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la estabilidad financiera del sistema pensional, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OLGA LUCIA QUINTANA PIÑEROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00673 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2020 00029 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 8 de abril de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GERMAN CAJAMARCA DIAZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES con el fin de que se condene al pago de la pensión de vejez con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se liquide la prestación con una tasa de remplazo del 90%, a partir del 28 de mayo de 2016, junto con las

mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 28 de mayo de 1956; que cotizó a COLPENSIONES un total de 2.169 semanas; que mediante Resolución SUB 159601 del 18 de junio de 2018, la demandada le reconoció una pensión de vejez aplicando una tasa de remplazo del 78.78%; que el 13 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión para que se aplicara una tasa de remplazo del 90%; que mediante Resolución SUB 147081 del 10 de junio de 2019, dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión anterior y estos se resolvieron desfavorablemente mediante Resoluciones SUB 215886 del 12 de agosto de 2019 y DPE 9826 del 16 de septiembre de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial o total sobre las mesadas pensionales y buena fe (Pdf. 1, Cd. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 8 de abril de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO**: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo considerado en esta sentencia. **SEGUNDO:** DECLARAR probados los medios exceptivos propuestos por la demandada COLPENSIONES. **TERCERO:** Costas de esta instancia a cargo de la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de $400.000. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá CONSULTAR con el superior por ser totalmente adversa a los intereses del pensionado demandante".*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante es beneficiario del régimen de transición y es procedente la reliquidación de su pensión con aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Para resolverlo indicó que si bien el actor inicialmente se benefició del régimen de transición por tener más de 15 años de cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y conservó dicho beneficio porque a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas de cotización, para la fecha en que expiró dicho régimen, no tenía 60 años de edad y por ello no es procedente re liquidar la prestación bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de cotización, que dicho régimen establece de manera clara la aplicación de normas anteriores a las personas que cumpliera el requisito referido, pues ello constituye una expectativa legitima de que su derecho pensional fuera reconocido, para el acaso del actor, con

fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, normas que dispone una tasa de remplazo máxima del 90%[1].

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones y solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto definió que no es procedente la reliquidación de la pensión del actor. Por su parte la apoderada de la parte demandante, no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

[1] *"Muchas gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por este despacho, la cual sustentaré de la siguiente manera. Honorable magistrados del Distrito superior de Bogotá, Sala Laboral, solicito comedidamente se revoque en su totalidad el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, teniendo en cuenta que es un fallo que se ajusta a derecho e inobserva la normatividad aplicable al señor German Cajamarca Díaz, así las cosas solicito a su señoría, a los honorable magistrados revisen nuevamente el fallo emitido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá y en dicho sentido revoquen lo aquí decidido por este despacho, para en su lugar, declarar que el señor Germán Cajamarca Díaz si es beneficiario del régimen de transición, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir al 1° de abril de 1994, contaba con más de 20 años de cotización y es necesario resaltar que el artículo 36 de la misma normatividad establece que se le respetará o aplicará el régimen inmediatamente anterior a aquellos afiliados que a la entrada en vigencia de dicha norma contaren con 15 o más años de cotización al sistema o que cumplan con los 40 años de edad. Así las cosas, el señor Germán Cajamarca Díaz a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, reitero contaba con más de 20 años de cotización al sistema general de pensiones, específicamente en el régimen de prima media con prestación definida. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha establecido que a este tipo de afiliados hay que respetárseles la expectativa legítima que tiene para aplicar la normatividad inmediatamente anterior, teniendo en cuenta que es la más favorable para su situación pensional, en este caso el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que fue aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estableció que se le reconocería la pensión a aquellos que cumplieran directamente con el régimen de transición y en ese sentido, el Decreto 758 de 1990 establece una prerrogativa o una favorabilidad para los pensionados, que es que su mesada pensional o tasa de remplazo sea correspondiente al 90%, teniendo en cuenta que al señor Germán Cajamarca Díaz, se le negó injustificadamente el régimen de transición, su mesada pensional fue liquidada solamente con el 78.78%, tasa de remplazo que no es coherente y que no es correspondiente con la normatividad que efectivamente le es aplicable al demandante y que genera un agravio en su ingreso mensual en su calidad de pensionado, teniendo en cuenta lo anterior y que adicionalmente dentro del expediente administrativo, anexado inclusive por la misma demandada e incorporado de oficio por la falladora de primera instancia se constata que el mismo demandante elevó su solicitud pensional desde el 25 de junio de 2012 ante el Instituto de Seguros Sociales, como lo constata el auto N° 4352, solicito a los honorables magistrados se sirvan revocar la totalidad del fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral para en su lugar acceder y condenar a todas las pretensiones instauradas con el escrito de demanda a favor de mi poderdante y en contra de la demandada, solicito que igualmente las costas de primera instancia sean trasladadas para la parte demandada, así las cosas dejo sustentado mi recurso de apelación"*

artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez bajo los presupuestos que define el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y Acto Legislativo 01 de 2005.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 28 de mayo de 1956 (fl. 10); ***ii)*** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES de manera interrumpida entre el 2 de julio de 1973 hasta el 30 de junio de 2018, un total de 2.169,14 semanas (Cd. 1); ***iii)*** que mediante Resolución SUB 159601 del 18 de junio de 2018, COLPENSIONES reconoció al demandante pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2018, en cuantía inicial de $2.116.749, con aplicación de la Ley 100 de 1993 (fls. 13 a 18); ***iv)*** que mediante Resolución SUB 147081 del 10 de junio de 2019 la demandada reliquidó la pensión de demandante y ajustó el valor de la mesada a la suma de $2.194.395 (fls. 19 a 24); ***v)*** que el demandante solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión y dicha entidad mediante Resolución DPE 9826 del 16 de septiembre de 2019 resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 26 a 32).

- Condición de beneficiario del régimen de transición del demandante.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición normativa, según el cual pueden acceder a la pensión

teniendo en cuenta la edad, monto y el tiempo de servicios que regulaban normas anteriores, los afiliados que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones (1° de abril de 1994) tuvieran 35 o 40 años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados. Esta última condición la cumplió el demandante, pues la historia laboral que obra en el Cd. 1 del expediente, acredita que para la fecha referida contaba con más de 900 semanas de cotización, que equivalen a más de 15 años de cotización.

Sin embargo, el Acto legislativo 1 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en uno de sus parágrafos transitorios la expiración de dicho régimen de transición a partir del 31 de julio de 2010, dejando a salvo únicamente a los trabajadores o afiliados que para la fecha de entrada en vigencia de la reforma (el 29 de julio de 2005) tuvieran 750 semanas de cotización al Sistema o el equivalente en tiempo de servicios; para ellos conservó la transición hasta el año 2014.

Bajo esta última enmienda legal y una vez revisado el expediente, debe el Tribunal confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues si bien el demandante contaba con más de 750 semanas de cotización para el 25 de julio de 2005 (historia laboral Cd. 1), lo cierto es que el régimen de transición perdió vigencia de manera definitiva el 31 de diciembre de 2014 y GERMAN CAJAMARCA DIAZ, no acreditaba el requisito de 60 años de edad previsto en el Acuerdo 049 de 1990 para causar el derecho a la pensión de vejez, antes de la fecha referida. Las pruebas del expediente demuestran que el demandante arribó a los 60 años de edad el 28 de mayo de 2016 (fl. 10), fecha posterior a aquella en que expiró el régimen de transición.

Por ello, dicha prerrogativa no era aplicable a la situación pensional del actor y no es procedente liquidar la prestación bajo la

aplicación de una norma que para el momento en que él arribó a la edad de 60 años, ya se encontraba derogada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 29 2019 00760 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOAQUIN ALONSO MAURICIO VASQUEZ GIORGI, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge BEATRIZ JIMENEZ. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 19 de febrero de 2012, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 23526 de 2007, reconoció pensión de vejez a BEATRIZ JIMENEZ, a partir del 1° de febrero de 2007, en cuantía inicial de $1.051.591; que la causante BEATRIZ JIMENEZ falleció el 18 de febrero de 2012. Señaló, que estuvo casado con la causante con quien contrajo matrimonio el 8 de abril de 1972; que de dicha unión nacieron tres hijos, quienes en la actualidad son mayores de edad; que mediante Escritura Pública N° 5620 del 18 de diciembre de 1995, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal nacida del matrimonio católico, pero nunca se divorciaron y mantuvieron el vínculo matrimonial hasta el día del fallecimiento de la causante; que convivieron y compartieron techo, lecho y mesa desde el 8 de abril de 1972 hasta el 30 de junio de 1988, es decir, más de 5 años en cualquier tiempo. Aduce, que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a COLPENSIONES y esta entidad mediante Resoluciones SUB 185866 del 16 de julio de 2019 y DPE 8362 del 23 de agosto de 2019, negó el derecho reclamado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionada de la causante, la fecha de fallecimiento y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, caducidad y buena fe (fls. 44 a 48).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de enero de 2021, negó las pretensiones de la

demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO:** **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor JOAQUIN ALONSO MAURICIO VASQUEZ GIORGI, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***SEGUNDO:*** *Como quiera que las resultas de la sentencia son adversas a las peticiones del demandante, envíese al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, en caso de no ser apelada.* ***TERCERO:*** *Sin condena en costas"*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama. Para resolverlo indicó que de acuerdo a lo definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es procedente que el cónyuge supérstite separado de cuerpos o con liquidación de sociedad conyugal acredite los 5 años de convivencia que exige la norma, en cualquier tiempo. Definió que esta regla fijada por la Corte solo aplica para quienes acrediten que se mantuvo una relación de afecto y ayuda mutua entre los cónyuges, es decir que continuara formando parte de núcleo familiar estable aunque no existiera convivencia, señaló que en el caso bajo estudio el actor solo acreditó el tiempo de convivencia en cualquier tiempo por más de 5 años, pero no probó que hubiere mantenido alguna relación de ayuda o colaboración y por ello no es procedente el reconocimiento de la pensión en su favor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se le otorgue la prestación solicitada. Para sustentar el recurso, refiere que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia mediante sentencia SL5169 del 27 de noviembre de 2019, ha aceptado que en casos en que existe cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente, es procedente acreditar 5 años de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes, que dicha regla es aplicable al actor en cuanto conformaba una pareja con la causante y si bien se separaron mantuvieron una convivencia durante más de 20 años en cualquier tiempo.[1]

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de parte demandante solicita

[1] *"Gracias su señoría eh bueno pues en la atención a la decisión por su despacho me permito interponer el recurso de apelación bajo las siguientes consideraciones, de acuerdo pues a la jurisprudencia en la sentencia SL 5169 del 27/11/2019 radicado 79539 de la Corte Suprema sala de casación laboral, de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, me permito manifestar que es un hecho que la pareja conformada por el demandante Joaquín Alonso Mauricio Vázquez y la causante Beatriz Jiménez pues es una pareja que duro o estuvo en convivencia por más de 20 años, tuvieron un vínculo matrimonial y ese vínculo matrimonial pues perduró hasta el día de su fallecimiento y es precisamente es por este hecho, que el señor Joaquín Alonso Mauricio tiene el derecho y cumple con los requisitos establecidos en la ley y tiene el derecho así también en instaurado pues o manifestado la jurisprudencia antes mencionada, donde se manifiesta, abro comillas, que en el caso de la cónyuge que es el caso que se presenta aquí con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, de la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de vínculo afectivo, comunicación solidaria y ayuda mutua, que permita considerar que los lazos familiares siguieron vigentes para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configurará un requisito adicional que no establece el enciso 3 del literal B del artículo 13 de la ley 7972 de 2003, entonces pues nótese que en el en el caso aludido la disposición hace referencia a que en este caso el consorte tiene derecho a una cuarta parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido, entonces por demás ese es el alcance que el precepto en comento le ha dado, esta corporación pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que, la convivencia de la consorte con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, con él pensionado o afiliado en un periodo de 5 años puede ser acreditado en cualquier tiempo, entonces no necesariamente podríamos estar señalando que esa convivencia, tenía que haberse presentado durante los 5 años anteriores a la muerte de la causante, si no pudo haber sido en cualquier tiempo, entonces bajo estas consideraciones bajo la sentencia de la jurisprudencia que ya hice mención, es viable y es un derecho que tiene el señor demandante, a que se les se les reconozca pues esa ese derecho pensional, que tiene también haciendo énfasis en que pues si bien él no dependía de ella, ella si dependiera de él en ese tiempo que estuvieron conviviendo y también otro hecho que es importante, es que pues ellos nunca se divorciaron a pesar de que liquidaron la sociedad conyugal, pues siguió ese vínculo matrimonial vigente hasta el fallecimiento de la causante y si bien pues no hubo una ayuda en ese en esa consolidación del derecho pensional, pues fue porque precisamente pues no hubo convivencia, pero los requisitos de los 5 años y lo que ha establecido la ley y la jurisprudencia es evidente que el señor demandante, Joaquín Alonso Mauricio de los cumples con habilidad por esa razón es merecedor del derecho pues que se estaba solicitando deprecando pues en la presente demanda, en atención a ello pues interpongo el recurso de apelación, para que sea estudiado por el superior jerárquico así dejo presentado el recurso".*

en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si el demandante JOAQUIN ALONSO MAURICIO VASQUEZ GIORGI acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que BEATRIZ JIMENEZ falleció el día 18 de febrero de 2012 (fl. 5); ***ii)*** que mediante Resolución N° 000595 del 14 de enero de 2008 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció a la causante una pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2007 en cuantía inicial de $1.051.591 (Cd. 2); ***iii)*** que el causante y el demandante contrajeron matrimonio el 8 de abril de 1972 (fl. 4); ***iv)*** que mediante Escritura Pública N° 05620 del 18 de diciembre de 1995, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal (fls. 6 a 10); ***v)*** que mediante Resolución GNR 169397 del 3 de julio de 2013 COLPENSIONES reconoció una pensión de sobrevivientes a BEATRIZ JIMENEZ CASTRO, en calidad de madre de la causante, quien falleció el 19 de marzo de 2017 (Cd. 2 expediente administrativo); ***vi)*** que mediante Resoluciones SUB 185866 del 16 de julio de 2019 y DPE 8362 del 23 de agosto de 2019, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al demandante (fls. 13 a 15 y 20 a 22).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la causante falleció el 18 de febrero de 2012, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre éste último aspecto, resulta pertinente indicar que el inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 dispone: "*Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente*".

Al efecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-515 del 30 de octubre de 2019, al realizar el estudio de constitucionalidad de un aparte del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, consideró que en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, para que el cónyuge separado de hecho tenga la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe tener sociedad conyugal vigente. Sobre el particular la Corte consideró:

"(...) En tercer lugar la condición acusada de inconstitucional contenida en la norma bajo estudio es determinante para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, no solo desde la perspectiva del régimen pensional sino también en consideración a los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. En este punto, el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo. Los bienes del haber absoluto incluyen las "pensiones" (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo). Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente".

En los términos de la norma y jurisprudencia referidas, en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, el cónyuge separado de hecho, solo puede tener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando la sociedad conyugal se encuentra vigente, por ello la Sala verificará la situación específica del demandante para establecer si tiene o no la condición de beneficiario de la prestación que reclama.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, concluye la Sala, que bajo la aplicación del lineamiento referido en precedencia, el demandante no tiene la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama, pues si bien BEATRIZ JIMENEZ y el demandante contrajeron matrimonio el 8 de abril de 1972, lo cierto es que mediante Escritura Pública N° 05620 del 18 de diciembre de 1995, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal (fls. 6 a 10) y con ello perdió la eventual condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada con el fallecimiento de BEATRIZ JIMENEZ, en calidad de cónyuge supérstite.

En los términos de la jurisprudencia referida, una vez se disuelve y se liquida la sociedad conyugal, los haberes del pensionado dejan de formar parte de la masa patrimonial y por ello se extingue el derecho a sustituir la prestación, al ser tan clara la posición asumida por la Corte Constitucional, a juicio de la Sala, no hay lugar a realizar interpretaciones diferentes a las que la misma norma define, para la solución de asuntos como el que aquí se estudia.

No desconoce la Sala, que la apoderada de la parte demandante solicita en su recurso, la aplicación del criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el cónyuge separado de hecho, para tener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, solo debe acreditar el vínculo matrimonial vigente y 5 años de convivencia en cualquier tiempo, sin que resulte relevante si la

sociedad conyugal se encuentra vigente o no, o si se trata de casos en que existe convivencia simultanea o no. No obstante, esta Sala de decisión acoge el criterio definido por la Corte Constitucional, sobre la materia, pues las decisiones que profiere dicha Corporación como intérprete de la Constitución, son de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, según lo dispone el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
salvo voto

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado ponente: Hugo Alexander Ríos Garay

Radicación n° 29 2019 00760 01

De: Joaquin Alonso Mauricio Vásquez Giorgi contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Con el respeto debido por las decisiones mayoritarias, en esta oportunidad me aparto de lo resuelto. En mi sentir, la razón está del lado del recurrente y, por tanto, el fallo de primer nivel ha debido revocarse para, en su lugar, acceder a la prestación reclamada.

Lo anterior, como quiera que en el trámite quedó demostrado que si bien, la pareja Vásquez Jiménez disolvió y liquidó la sociedad conyugal, en tanto así lo devela la Escritura Pública 05620 de 18 de diciembre de 1995 (fls. 6-10), el vínculo matrimonial perduró hasta la fecha del deceso de Beatriz Jiménez, como se avista en el registro civil de matrimonio (fl. 4), sin nota marginal de divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso. Sobre el punto, en sentencia CSJ SL3251-2021, la Sala de Casación Laboral, adoctrinó:

> En este punto, se hace necesario advertir que si bien la sociedad conyugal constituye el régimen patrimonial del matrimonio y nace de él, su disolución y liquidación no pone fin al vínculo matrimonial, como equivocadamente lo entiende la recurrente, pues aquel continúa vigente hasta tanto se declare su nulidad o se presente una de las causas de disolución previstas en el art. 152 del CC, norma que establece que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado, mientras que el religioso por el decreto de la cesación de sus efectos civiles y, además, por los cánones y normas correspondientes al ordenamiento religioso. En este asunto, la única de esas causales que se evidencia probatoriamente, es la muerte de uno de los cónyuges.
>
> Por lo anterior, no se equivocó el Tribunal al concluir que el vínculo matrimonial de María Eva Gerena de Riveros con el pensionado Carlos Antonio Riveros Espinosa estuvo vigente hasta la fecha en la que éste falleció, el 29 de septiembre de 2013, pues así se desprende del registro civil de matrimonio allegado al proceso (f.° 130) (...).

Por tanto, si como también quedó acreditado, los esposos convivieron por más de 5 años en cualquier tiempo, a la luz de las enseñanzas jurisprudenciales del órgano de cierre, el derecho debió concederse. Ello es

así, porque la razón aducida por el *a quo* para negar la prestación, relativa a que no se vislumbró una relación de afecto y ayuda mutua entre los cónyuges, a pesar de la separación, constituye una exigencia adicional que no consagra la norma. Así lo ha reiterado la mencionada Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5169-2019, replicada recientemente en la CSJ SL1707-2021, CSJ SL2015-2021 y CSJ SL2464-2021:

> Sobre el particular, es preciso señalar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece:
>
> [...]
>
> Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de *«vínculo afectivo»*, *«comunicación solidaria»* y *«ayuda mutua»* que permita considerar que los *«lazos familiares siguieron vigentes»* para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.° del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.
>
> Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que *«la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años»*, puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

En los anteriores términos dejo expuestas las razones del salvamento.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOAQUIN ALONSO MAURICIO VASQUEZ GIORGI
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00760 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta aclaración de voto:

En el presente caso, la parte demandante señala que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge BEATRIZ JIMENEZ q.e.p.d. por haber convivido con ella por un término superior a cinco años en cualquier tiempo.

Si bien para confirmar la sentencia de primera instancia de negar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes se sustenta en la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia C-515 de octubre de 2019, es de anotar que además se considera se debió tener en cuenta que dicha pensión de sobrevivientes ya fue en su momento concedida a la madre de la señora BEATRIZ JIMENEZ q.e.p.d. mediante Resolución GNR 169397 de 3 de julio de 2013, sin que durante el trámite para su reconocimiento hubiere intervenido el actor del presente proceso, ni para oponerse ni para alegar un mejor derecho.

Es solo después del fallecimiento de la señora Beatriz Jiménez Castro que ocurrió el 19 de marzo de 2017, madre de la señora Beatriz Jiménez q.e.p.d, que el demandante pretende el reconocimiento de su pensión, aduciendo una convivencia de más de cinco años con declaraciones extraproceso que se contradicen con el documento de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, en la medida que las declaraciones señalan una convivencia desde el 8 de febrero de 1972 hasta el 30 de junio de 1998 y la escritura pública de disolución y liquidación fue expedida el 18 de diciembre de 1995; circunstancia que genera duda respecto del tiempo real de convivencia de la pareja.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 31 2019 00523 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y de las demandadas ESIMED S.A. y MEDIMAS E.P.S. S.A., contra de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JUAN BAUTISTA CELIS VEGA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS – ESIMED S.A., MEDIMAS E.P.S. S.A.S., PRESTMED S.A.S., PRESTNEWCO S.A.S., con el fin de que se declare la existencia de un

contrato de trabajo con la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A., vigente entre el 13 de febrero de 2018 y el 30 de noviembre de 2018, se condene a esta demandada y solidariamente a MEDIMAS S.A.S., PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S. al pago de los salarios dejados de cancelar en mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2018, prestaciones sociales, sanción por no consignación de cesantías, horas extras, intereses corrientes, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, aportes a ARL, dotación, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS – ESIMED S.A. es una I.P.S. subordinada perteneciente a la sociedad matriz PRESTMED S.A.S.; que el objeto social de ESIMED S.A. es la administración y prestación de servicios de salud humana a nivel nacional; que MEDIMAS E.P.S. tiene como objeto social actuar como promotora de salud de los regímenes contributivo y subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en salud; que PRESTMED S.A.S. y PRESTNEWCO S.A.S. son grupos empresariales solidariamente responsables porque ejercen subordinación y control sobre ESMED S.A. y MEDIMAS E.P.S.; que MEDIMAS E.P.S. es solidariamente responsable porque atendió pacientes enviados por dicha E.P.S. a la clínica perteneciente a ESIMED S.A.; que dicha sociedad es propietaria de la clínica ESIMED JORGE PIÑEROS CORPAS.

Señaló que trabajó como médico internista en las instalaciones de la Clínica ESIMED Santa Bibiana en el año 2017 y en la Clínica ESIMED Jorge Piñeros Corpas en el año 2018; que los servicios fueron prestados de manera personal y subordinada; que suscribió contrato de prestación de servicios con ESIMED para la prestación de servicios médico asistenciales como médico internista; que el pago de sus servicios se realizaba dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la factura o cuenta de cobro; que el contrato fue

suscrito inicialmente con vigencia hasta el 31 de mayo de 2018 y posteriormente se suscribió otro si para prorrogarlo hasta el 30 de noviembre de 2018; que solo recibió el pago del salario hasta el mes de abril; que prestó servicios a dicha Clínica hasta el 30 de octubre de 2018; que el valor de los salarios adeudados por los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre, asciende a la suma de $43.024.000; que la demandada ESIMED, desde el 10 de octubre de 2018, dejó de asignarle turnos y de manera verbal le dio por terminado el contrato de trabajo; que para la prestación de los servicios debió adquirir dos uniformes con un costo de $180.000; que debía cumplir las indicaciones que daba la enfermera auditora; que dentro del contrato se estableció que su turno era de 10 de la noche a 6 de la mañana; que dichos turnos no se cumplieron de esa forma porque la demandada también le asignaba turnos diurnos; que en su gran mayoría debía trabajar domingos y festivos para cumplir con los requerimientos de la demandada; que los turnos asignados semanalmente excedían las 6 horas diarias y 36 semanales; que mediante derecho de petición enviado a las instalaciones de ESIMED solicitó el pago de sus acreencias y dicha sociedad en respuesta le informó que su solicitud no cumple con los requisitos legales requeridos para dar respuesta a una petición y no resolvió de fondo sus inquietudes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PRESTMED S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, inexistencia de relación laboral como motivo de la Litis e inexistencia de la responsabilidad solidaria (fls. 272 a 282).

PRESTNEWCO S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o

no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, inexistencia de contrato laboral, mala fe y buena fe (fls. 291 a 300).

ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS – ESIMED S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato de prestación de servicios como médico internista, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, inexistencia de relación laboral dentro de las fechas objeto de demanda, mala fe y carencia de veracidad de fundamentos de la demanda (fls. 272 a 282).

MEDIMAS E.P.S. S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con el objeto social de dicha sociedad y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y referirse la demanda a una relación sustancial en la cual no fue parte MEDIMAS E.P.S. (fls. 344 a 359).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social e indemnización moratoria. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Juan Bautista Celis Vega en calidad*

de trabajador y Estudios e Inversiones Médicas - ESIMED S.A. en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 13 de febrero del año 2018 al 10 de octubre del año 2018, ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada Estudio e Inversiones Médicas - ESIMED S.A. y solidariamente a la beneficiaria de la obra MEDIMAS E.P.S. S.A.S. a reconocer y pagar al demandante las sumas que a continuación se relacionan, la suma de $43.024.300 por concepto de salarios insolutos; $ 6.265.000 por concepto de cesantías; $497.023 por concepto de intereses a la cesantías; $6.265.000 por concepto de prima de servicios; $3.132.500 por concepto de vacaciones; $230.594.103 por concepto de sanción moratoria, por el período comprendido entre el 11 de octubre del año 2018 al día 10 de octubre del año 2020 y los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones sociales, hasta que se efectúe el pago total de la obligación; al pago de la indemnización por despido sin justa causa por la suma de $6.317.646; al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social integral por el período comprendido entre el 13 de febrero del año 2018 al 10 de octubre del año 2018, tomando como salario base de cotización para el mes de febrero $5.880.000, para el mes de marzo $9.240.000, para el mes de abril $10.080.000, para el mes de mayo $10.080.000, para el mes de junio $7.560.000, para el mes de julio $10.080.000, para el mes de agosto $9.240.000, para el mes de septiembre $10.080.000, para el mes de octubre $2.940.000.* ***TERCERO: CONDENAR*** *al pago de costas y agencias en derecho a las demandadas Estudio e Inversiones Médicas - ESIMED S.A. y MEDIMAS E.P.S. S.A.S. en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente cada una de ellas.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a las demandas PRESTMED S.A.S. y PRESTNEWCO S.A.S."*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que las pruebas del expediente acreditan la prestación personal del servicio del actor en favor de la demandada ESIMED y que esta sociedad no desvirtuó la presunción de

subordinación que define el artículo 24 del CPT y de la SS. Señaló que por el contrario, las pruebas acreditan que el actor debía cumplir los protocolos establecidos por la clínica y los turnos que eran asignados por la entidad. Sobre la terminación del contrato definió que según lo manifestado por el representante legal de ESIMED en diligencia de interrogatorio de parte, los médicos dejaron de prestar servicios en la clínica porque ésta era propiedad de Saludcoop y ante la medida de la Superintendencia tuvieron que cesar actividades, y que esta situación no constituía una justa causa para dar por terminado el contrato.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demandada ESIMED S.A. interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión. Aduce que la relación que existió entre las partes no es laboral, en cuanto el actor suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales que no puede asemejarse con la existencia de una relación laboral, pues el demandante solamente tuvo la calidad de contratista, nunca recibió órdenes porque prestaba sus servicios como médico de manera autónoma e independiente y aplicando la debida diligencia bajo su cuenta y riesgo; que era el actor quien elegía si prestaba servicios en el turno diurno o nocturno, en cuanto éstos no eran una imposición por parte de ESIMED y por ello se le pagaba por las horas en que se presentaba a laborar. Sobre el pago de la Seguridad Social refirió que las normas que regulan los contratos de prestación de servicios, definen de manera clara que es el contratista quien debe cancelar el valor correspondiente de los aportes al sistema de seguridad social y que esta relación civil es la única que existió entre las partes[1].

[1] *"Bueno, actuando como apoderada judicial de la empresa Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA mediante sustitución de poder recibida por parte del Doctor Cristian Camilo Hernández, por medio del escrito que se allegara al juzgado, me permito apelar la sentencia de primera instancia proferida por el juzgado 31 laboral del circuito Bogotá proferida el 16 de diciembre de la presente anualidad, mediante la cual se condenó a Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA con base en los siguientes argumentos: se solicita a la sala que en calidad de superior, revise la decisión de primera instancia por*

carecer de las condiciones necesarias de la sentencia congruente teniendo en cuenta que en el contrato celebrado entre el señor Juan Bautista Celis Vega y Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA se especificó claramente que la relación contractual existente entre ambas partes correspondía únicamente en este caso a la ejecución de la prestación de servicios profesionales por parte del señor Juan Bautista, quien para efectos del contrato se denomina contratista por lo tanto y contrario a lo que sostuvo el juez de primera instancia, la presente situación no se cumplen los requisitos que contempla el artículo 23 del código sustantivo del trabajo para que se pueda configurar la existencia de una relación laboral, en este caso entre el señor Juan Bautista Celis Vega y Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA puesto que tal y como lo sostienen las cláusulas 7 y 8 del contrato, el señor Juan siempre tuvo autonomía e independencia durante el periodo en el que prestó sus servicios como médico internista, teniendo en cuenta que tuvo la debida diligencia requerida para esta actividad y bajo su cuenta y riesgo, por lo tanto Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA nunca ejerció ningún tipo de subordinación sobre el demandado, en este sentido no es cierto que el horario diurno en el que el contratista presto sus servicios en varias oportunidades fue asignado por Esimed, ya que el horario diurno y nocturno estaba contemplado en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes y era el contratista quien escogía ejecutaba sus servicios en horas diurnas o nocturnas, lo que en el reporte de horas que el contratista diligenciaba, se registraban las horas en las cuales se había presentado a trabajar por voluntad propia, más no porque ya estuviera establecido un horario que éste debía cumplir, es entonces claro que en virtud de la naturaleza del contrato civil se evidenció la inexistencia de una relación laboral entre el señor Juan Bautista Celis Vega y Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA, así las cosas contrario a lo estimado por el juez de primera instancia Esimed SA no generó vulneración alguna a la estabilidad laboral, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social del señor Juan Bautista, puesto que al ser el contrato en mención un acuerdo eminentemente civil, este debe sujetarse a las normas vigentes que lo regulan, en este sentido la legislación civil ha establecido que en los contratos de prestación de servicios, es el contratista quien debe hacer los respectivos aportes de su Seguridad Social para que el contratante realice el pago, así las cosas es completamente falso que Esimed haya disfrazado el contrato en cuestión teniendo en cuenta dichos postulados normativos, el Ministerio del trabajo mediante concepto 10240-140240 del 19 de mayo de 2011 el Ministerio del trabajo sostuvo que todo contratista afiliado obligatorio al sistema de Seguridad Social en salud y pensión y afiliado voluntario al sistema de Seguridad Social en riesgos profesionales, sin importar la duración del contrato de prestación de servicios celebrado, asimismo el artículo 30 de la ley 797 del 2003 modificatorio del artículo 15 de la ley 100 del 93 establece que serán afiliados al sistema general de pensiones primero en forma obligatoria todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo como servidores públicos, Asimismo las personas naturales que presten sus servicios directamente al estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiados de subsidios a través del fondo de solidaridad pensional de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, lo anterior es respecto de la obligación de cotizar al sistema general de Seguridad Social en salud de los contratistas siendo personas naturales, el inciso primero del artículo 23 del decreto 1703 de 2002 señala que los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural o jurídica de derecho público o privado tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría, en estos casos la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al sistema general de Seguridad Social en salud, de esta manera es claro que los contratos sin importar su duración en donde está involucrada la ejecución de un servicio parte de una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público privado estos contratos bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, el contratista deberá estar afiliado del sistema general de Seguridad Social en pensiones y al sistema general de Seguridad Social en salud, quien deberá realizar los pagos de ésta y la parte contratante deberá verificar la afiliación de éste y los pagos que este realice. Por lo anteriormente descrito ruego a este honorable despacho que actuando como superior jerárquico del juez de primera instancia, revoque la sentencia de primera instancia en el sentido de no condenar a Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA puesto que conforme a los argumentos y pruebas que se aportaron a lo largo del proceso de la referencia y que se evidencian en el expediente, se demostró que la relación contractual que hubo entre el señor Juan Bautista Celis Vega y Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA se trataba únicamente de un contrato civil de prestación de servicios parte del primero sin que se llegaran a configurar los

La demandada MEDIMAS E.P.S. S.A.S. interpuso recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que según lo afirma el demandante en el escrito de demanda su relación contractual con la demandada ESIMED inició en el año 2017, momento en que MEDIMAS E.P.S. ni siquiera había nacido a la vida jurídica, y por ello no resulta pertinente condenarla por una relación laboral anterior a la existencia de la entidad, hecho que se corrobora con el certificado de existencia y representación legal, y que deja claro que el actor no pudo haber prestado servicios únicamente a pacientes de la E.P.S. MEDIMAS, que además el actor manifestó de manera clara en su interrogatorio de parte que no tiene prueba de que los pacientes atendidos pertenecieran a dicha E.P.S.; que no resulta procedente la condena como deudor solidario por ser beneficiario de la obra, pues MEDIMAS no era la única E.P.S. a la cual se le prestaban servicios, en cuanto ASIMED es una I.P.S. que está en la obligación de atender no solamente los pacientes de las E.P.S. con quienes tiene contrato, sino también a las personas que de manera particular le consultan y a otros grupos que requieran atención; que de todas formas para que procediera la condena impuesta ha debido establecerse de manera clara que el demandante atendía los pacientes de MEDIMAS. Agregó que si bien MEDIMAS suscribió un contrato con ESIMED para la prestación de servicios médicos a sus afiliados, ésta es una modalidad de contratación permitida por el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 y de este solo contrato no puede concluirse la existencia de solidaridad alguna, que además debe tenerse en cuenta que el objeto social de ambas entidades es distinto y por ello no procede la solidaridad declarada.[2]

---

presupuestos necesarios para que se considerará que un contrato realidad entre ambas partes, cordialmente apoderado de Estudio e Inversiones Médicas SA Esimed SA."

[2] *"Si su señoría, agradezco la oportunidad y en este momento me permite interponer recurso de apelación para que el Tribunal Superior laboral de Bogotá proceda a revisar el fallo que en primera instancia a propuesto este despacho en fecha 16/12/2020, al respecto quiero manifestar que tal y como lo manifestó el demandante en los hechos del escrito de la demanda, la presunta relación contractual derivada de un contrato de prestación de servicios la lleva a cabo con Estudios e Inversiones Médicas SA Esimed SA desde el 01/02/2017 de conformidad con lo aportado en el material probatorio en el*

escrito de la demanda, fecha en la cual me Medimas no existía jurídicamente por lo cual sería contrario a derecho que fuera condenada una entidad por hechos anteriores a su existencia, lo que se puede perfectamente evidenciar en el certificado de existencia y representación legal aportado a las pruebas dentro del plenario del proceso, además de esto se hace imposible que el demandante haya atendido exclusivamente pacientes afiliados a Medimas, lo anterior teniendo en cuenta que si su relación contractual o laboral inició antes de la existencia de Medimas, pues es clarísimo que no pudo haberte atendido pacientes exclusivamente afiliados a Medimas, es más pudo haber atendido pacientes afiliados a otras o EPS o pacientes que hayan entrado de carácter particular, toda vez que Esimed como IPS debe atender a todas las personas que lleguen a solicitar la atención del servicio de salud, En este sentido tendrían que estar todas las EPS con las cuales Esimed tuvo una relación contractual o comercial para que respondieran de manera solidaria por las pretensiones del demandante, por cuanto en el plenario del proceso en el material probatorio tampoco se evidencia y no hay prueba que diga que él atendia exclusivamente afiliados de Medimas, de hecho en el interrogatorio de parte practicado, el manifiesta que no tiene pruebas que haya atendido a Medimas solamente hace parte de una interpretación de lo que mal se entiende que pues Medimas tenía un contrato exclusivo con Esimed, adicionalmente Estudios e Inversiones Médicas Esimed y Medimas son personas jurídicas completamente diferentes, con independencia administrativa y financiera tal como se evidencia en los certificados de existencia y representación legal de cada entidad, asimismo de la documentación aportada se ha podido evidenciar que no existe ni siquiera prueba sumaria de la cual se pueda derivar una unidad de empresa entre mi representada y Esimed, frente a lo que manifiesta el despacho que se condena a Medimas más porque es el beneficiario de la obra es pertinente aclarar que no solamente fue Medimas beneficiario de la obra, pudo haber sido cualquier EPS o cualquier persona que haya solicitado los servicios de salud con Esimed, por cuanto tendría que identificarse a cuantas de todas las personas que atendió el médico durante la vigencia de su contrato, cuales fueron de Medimas, cuales fueron de otras EPS o cuáles fueron particulares, asimismo es importante tener en cuenta que la independencia jurídica administrativa y financiera de las empresas aquí mencionadas cuentan con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, en este entendido Medimas y Esimed efectivamente suscribieron un contrato comercial para la prestación directa, oportuna y continua por parte del prestador de los servicios de salud a los afiliados que se encuentran relacionados en la base única de afiliados de Medimas EPS mediante la modalidad de capitación, pero es claro tener en cuenta que está, es una posibilidad establecida en la ley, la ley 100 en su artículo 179 establece la posibilidad que tienen las EPS para contratar con diferentes IPS, cuando dicha EPS no cuenta con IPS propias, en este caso Medimas no cuenta con IPS propias y si existe un mandato por la ley que permite esta contratación de prestadores de servicios de salud terceros de conformidad con esta autorización contenida en el artículo 179 de la ley 100, esto no puede deducirse que cualquier EPS en este caso Medimas sea solidariamente responsable por las obligaciones de terceros con sus contratistas o trabajadores, para ello existió un contrato entre Esimed y Medimas donde claramente se estableció la inexistencia de la relación laboral que pudiera tener Esimed con sus trabajadores o sus contratistas, en este caso en el giro ordinario de los negocios de Medimas no existe similitud con instituciones prestadoras de salud, si existiera similitud sencillamente las EPS podrían perfectamente prestar los servicios de salud directamente a sus afiliados, en ello radica la diferencia del objeto social entre EPS e IPS, por mandato legal igualmente las empresas no pueden prestar directamente sus servicios de salud, es por ello que se hace necesario la contratación de IPS o creación de las mismas, en ello radica la diferencia de los objetos sociales que de hecho se puede evidenciar en los certificados de existencia y representación legal de cada entidad, de conformidad con lo anterior no exista responsabilidad solidaria toda vez que la finalidad de la solidaridad es prevenir que las empresas creen mecanismos para defraudar a sus trabajadores cuando hubieran podido contratarlos de manera directa y como se mencionó en la contestación de la demanda Medimas no presta servicios de salud por cuanto estas funciones propias del objeto social de las IPS en este caso Esimed, en consecuencia mi representada no hubiese podido contratar de manera directa al demandante, pues el objeto del presente contrato de prestación de servicios suscrito con Esimed y el demandante no es propio de la actividad comercial y el objeto social de Medimas EPS. Es evidente la diferencia entre la actividad de aseguramiento y la administración de los servicios de salud y de la prestación asistencial, sobre el particular debe indicarse que desde la ley 100 del 93 una EPS no puede prestar servicios de salud de manera directa, asimismo se señala el proceso de habilitación de una IPS y una EPS es precisamente diferente porque su objeto social es diferente, aun cuando se trate de temas de salud, corresponde a un objeto social completamente diferente, así como las normas que regulan y hasta las entidades que las

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegaciones y al efecto solicita que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo. El apoderado de la demandada MEDIMAS en sus alegaciones solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si entre el demandante y ESIMED S.A. existió un contrato de trabajo; y en dado

---

habilita, debe considerarse que el proceso de habilitación de una EPS está contemplado en el decreto 682 del año 2018 y de las IPS en el decreto 1011 del año 2006, de igual manera las EPS no podrán contratar con sus propias IPS más del 30% del valor de gasto en salud, así, reiteró la actividad de una IPS es diferente a la de una EPS, para poder prestar, debe constituir una IPS y en todo caso estará limitado en la contratación de sus propias IPC, sin embargo se reitera que Medimas no tiene IPS propias, basta con revisar el artículo 178, 185 y 186 de la ley 100 del 93 para darnos cuenta de la diferencia de objetos, funciones y acreditación de una IPS y una EPS, es claro que las EPS solo podrán prestar servicios a través de una IPS, basta con revisar las sentencias 616 del 2001 de la Corte Constitucional en donde se revisa si es ajustado o no a la Constitución limitada la prestación de servicios asistenciales con IPS propias y de contera nos explica que el artículo 169 de la ley 100 cuando aparentemente se refiere a que las EPS pueden prestar servicios asistenciales directamente, se refiere en realidad a prestarlos directamente pero con sus IPS propias, caso que no se puede aplicar a Medimas pues se reitera que no tiene IPS propias, adicional frente a esto es preciso también manifestar su señoría, que en la contestación de la demanda se hizo alusión a la inexistencia de los requisitos establecidos en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo, precisamente por lo manifestado anteriormente, en este caso Medimas, si no contrataban los servicios de Esimed en este caso, no hubiese podido prestar el objeto que está establecido para la existencia, que es los servicios de salud y mal haría, entenderse, de ahora en adelante que porque una EPS contrate los servicios de una IPS, sea solidariamente responsable por sus acciones u omisiones que tenga con los trabajadores o sus contratistas, los argumentos probatorios y jurídicos que dejó expuestos ameritan suficiencia para proceder de conformidad con lo requerido para que el Tribunal considere y revoque el fallo de primera instancia y absuelva a Medimas de todos los cargos y a la condena que fue realizada en este fallo."

caso, establecer si MEDIMAS E.P.S. es solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** el demandante estuvo vinculado a ESIMED S.A. mediante contratos de prestación de servicios profesionales asistenciales; ***ii)*** que el primero de dichos contratos tuvo vigencia desde el 1° de febrero de 2017 hasta el 30 de enero de 2018 (fls. 72 y 73); ***iii)*** el segundo de ellos inició el 13 de febrero de 2018 y tuvo una vigencia de 106 días (fls. 74 a 76); ***iv)*** que mediante otro sí suscrito por las partes el contrato anterior se prorrogó desde el 31 de mayo de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2018 (fl. 77).

- **Sobre la existencia del contrato de trabajo**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de

subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración o subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

No son pocos los conflictos en los cuales se controvierte la naturaleza de un contrato o relación para declarar que en realidad tiene naturaleza laboral, en especial respecto de los contratos de prestación de servicios personales. Sobre el tema, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha señalado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de manera autónoma e independiente, sin que la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, impliquen necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, entre otras.

Además conviene precisar que, como se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia laboral, quien tiene la carga procesal de desvirtuar la subordinación en una relación de trabajo, debe aportar al expediente pruebas útiles pertinentes y suficientes, respecto del hecho que resulta relevante al efecto, en este caso, la autonomía técnica y directiva del servicio prestado, es decir, respecto de la ausencia de sometimiento a órdenes de quien contrató los servicios en cuanto al modo, el tiempo, el lugar y la cantidad de servicios; o a reglamentos laborales.

Tratándose de profesiones liberales, la prueba útil para desvirtuar la subordinación adquiere un perfil especial, pues para el ejercicio de estas artes se requiere de una habilitación a través de título académico. Ello asigna al servidor un alto grado de conocimientos científicos, técnicos o intelectuales, y por ende, libertad de concepción y de ejecución para desarrollar sus actividades profesionales (Autonomía Técnica).

Teniendo en cuenta el anterior soporte normativo y jurisprudencial y las reglas anteriormente referidas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo y en su lugar negará las pretensiones de la demanda.

Para llegar a la anterior conclusión, es pertinente señalar que si bien el contrato de prestación de servicios profesionales que obra a folios 74 a 77 del expediente acredita la prestación personal del servicio del actor en favor de la demandada ESIMED, a juicio de la Sala el elemento subordinación, se encuentra desvirtuado con lo manifestado por los testigos.

En efecto, SAMUEL MAURICIO JAIMES LAZARO (Cd. 3, audio carpeta 1, min. 15:28), NELSON GAITAN TORRES (Cd. 3, audio

carpeta 1, min. 35:02), y ANA PATRICIA ASCENCIO ANGULO (Cd. 3 audio carpeta 1, min. 47:53), manifestaron de manera coincidente haber sido compañeros de trabajo del actor en la *Clínica Jorge Piñeros Corpas*, señalaron que el demandante se desempeñaba en dicha clínica como médico internista, que el trabajo se desarrollaba de acuerdo con los turnos fijados por la coordinadora; que recibían el pago sobre los turnos que realizaban; que tenían la posibilidad de cambiar los turnos con otros médicos que formaran parte del equipo y para el efecto solo debían avisar a la coordinadora para que realizara la actualización correspondiente en la lista de turnos; que en caso de no asistir a un turno asignaban otro médico para que lo realizara; que cuando había un cambio de turno siempre debía actualizarse el listado porque en ocasiones la Secretaría de Salud lo requería. Precisaron que los únicos llamados de atención eran por el cumplimiento de turnos y que existían unos protocolos generales en la clínica para la atención de los pacientes, como, por ejemplo, realizar diagnósticos, definir salidas, diligenciar las historias clínicas.

El demandante señaló en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3 audio carpeta 1, min. 2:58), que solo les llamaban la atención por el cumplimiento de turnos, para que los iniciaran y entregaran a tiempo, y que si no asistía a un turno no le pagaban, que en una ocasión en una glosa dejaron consignado que no realizó un turno, no le pagaron y tuvo que enviar las planillas del turno para que le hicieran el pago correspondiente.

De las anteriores manifestaciones, para la Sala resulta claro que la relación del actor con la sociedad demandada ESIMED, no tenía el carácter de laboral, pues si bien el desarrollo de las actividades que desempeñaba como médico se realizaban a través del sistema de turnos, dichos turnos, en casos como el que se estudia, no son indicativos de subordinación, pues resultan ser la forma pactada en el contrato para la prestación del servicio, y que,

además, según el dicho de los testigos podían ser susceptibles de cambios en caso de requerirlo, sin que ello implicara algún tipo de sanción o prohibición.

Tampoco se deduce de la prueba documental aportada, como planillas de horas cumplidas mensualmente (fls. 90 a 134) y planillas de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social, elemento alguno que reafirme la existencia de subordinación, que se entiende desvirtuada por los testigos, quienes refieren de manera clara que gozaban de autonomía técnica para ejercer su labor como médicos, pues las únicas instrucciones específicas estaban relacionadas con diligenciar las historias clínicas de los pacientes, realizar diagnósticos y definir salidas, actividades que resultan ser parte del ejercicio normal de la medicina.

Además de lo anterior, resulta útil al efecto lo que manifestó el demandante al referir que los únicos llamados de atención que recibían estaban relacionados con la puntualidad para recibir y entregar turnos, sin que refiriera si recibía otro tipo de instrucciones o tuviera que cumplir reglamentos específicos en el ejercicio de su labor como médico, lo que a juicio de la Sala corrobora que ejercía sus funciones como médico internista de manera autónoma e independiente. También llama la atención de este Tribunal, que el demandante, con anterioridad a la relación que aquí se controvierte, había suscrito con la demandada ESIMED, un contrato de prestación de servicios, que tuvo vigencia entre el 1° de febrero de 2017 y el 30 de enero de 2018 (fls. 72 y 73), y comparte el objeto y las condiciones del contrato de prestación de servicios que se debate en este proceso. Sobre el contrato anterior no se manifestó oposición alguna, y las condiciones pactadas para el cumplimiento de la labor eran las mismas.

Así las cosas, al encontrarse desvirtuado el elemento subordinación, en cuanto el único control ejercido por la demandada

estaba relacionado con la asignación de turnos, que de todas formas podían ser objeto de modificación, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar absolverá a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 32-2017-00788-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **PORVENIR S.A.** contra la sentencia proferida el 1° de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró el derecho del demandante a la pensión de vejez en virtud de la garantía de pensión mínima, declaró probada la excepción de compensación, condenó al pago indexado del retroactivo causado del 1° de julio de 2014 hasta la inclusión en nómina de pensionados y a compensar dicha suma con la devolución de saldos indexada y se abstuvo de condena en costas (archivo "*09. Audiencia Juzgamiento 01-Feb-2021*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 4 a 10 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").**

MARÍA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ solicitó declarar que tiene derecho a la pensión de vejez en virtud de la garantía de pensión mínima, en consecuencia, condenar a reconocer la prestación, retroactivo pensional indexado, intereses moratorios, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 11 de junio de 1956; que se afilió al extinto ISS, donde cotizó 882,85 semanas entre el 15 de mayo de 1975 y el 31 de mayo de 2000; que se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 1° de julio de 2000, donde cotizó 707,14 semanas, sumando un total de 1589,99 semanas. Aseguró que el 08 de mayo de 2014 solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, pero la AFP con oficio del 15 de octubre de 2014 negó la prestación indicando que no tiene el capital suficiente, a su vez, la AFP el 08 de octubre de 2014 le indicó el cambio del valor del bono pensional, motivo por el cual el 10 de octubre de 2014 aceptó la devolución de saldos y la totalidad del bono pensional, por lo cual el 16 de octubre de 2014 se le liquidó $36.925.789 y el 13 de noviembre de 2014 la AFP le indicó que ya no habían saldos en su cuenta de ahorro pensional y que estaba a la espera de la acreditación del bono pensional, tras ello, el 08 de agosto de 2016 la AFP le indicó que el bono fue devuelto y que para ser subsanado debía acreditar excepción a la garantía de pensión mínima al tener ingresos superiores a 1 smlmv, lo cual no cumple la demandante, por lo cual con oficio del 12 de julio de 2017 informó que no le podían solicitar ingresos superiores al 1 smlmv porque no los tiene, ya que dejó de laborar y no tiene ingreso pensional o por renta.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado de la demandante a la AFP, su edad y fecha de solicitud de reconocimiento pensional y de la devolución de saldos. Alegó que la demandante no cumple los requisitos del artículo 84 de la Ley 100 de 1993 porque cuando solicitó la pensión allegó certificado laboral y certificado de renta firmado por contadora pública que acreditaban ingresos superiores a 1 smlmv al ser de $2.000.000 por salario y además canon de arriendo de inmueble, por lo que al no reunir el capital para la pensión se aprobó la devolución de saldos, estando únicamente pendiente la emisión, redención y pago del bono pensional por parte de la Oficina de Bonos

Pensionales, quien restringió dicho procedimiento por la cantidad de semanas cotizadas. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, buena fe, compensación y la genérica (pág. 64 a 76 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").

En auto dictado en oralidad en audiencia del 09 de septiembre de 2019, se ordenó la vinculación como litisconsorte necesario por pasiva de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (carpeta "*02. AUDIENCIA 09-NOV-19*", pág. 207 y 208 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").

El precitado Ministerio se opuso a las pretensiones, aceptó el hecho relativo a que no redimió el bono de la demandante. Indicó que la AFP no solicitó el reconocimiento de la garantía de pensión mínima de la afiliada demandante, por lo que al no haber reclamación esta imposibilitada para reconocer dicha garantía, de otra parte, la AFP tampoco solicitó la emisión y redención del bono pensional de la demandante, por cuanto las peticiones de redención anticipada no proceden porque se registran más de 1150 semanas cotizadas y el afiliado no puede renunciar a la garantía de pensión mínima. Interpuso la excepción de inexistencia de la obligación (pág. 211 a 220 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*")

- **DEMANDA DE RECONVENCIÓN (pág. 169 a 181 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").**

PORVENIR S.A. solicitó condenar a **MARÍA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ** a restituir el valor de $36.926.788 pagado por devolución de saldos, indexación y costas. Indicó que el 08 de mayo de 2014 la afiliada solicitó la pensión de vejez, solicitud que rechazó la AFP por falta de saldo, por lo cual la afiliada solicitó la devolución de saldos.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN (pág. 185 a 188 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").**

MARÍA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ se allanó al reintegro de la devolución de saldos siempre que se reconozca la pensión de vejez. Aceptó los hechos relativos al reconocimiento y pago de la devolución de saldos. Alegó que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por favorabilidad y reunir los requisitos legales para acogerse a la garantía de pensión mínima. Interpuso las excepciones de inepta demanda e inexistencia de las obligaciones demandadas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivo "*09. Audiencia Juzgamiento 01-Feb-2021*").

El 1° de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) ***PRIMERO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de compensación formulada por la demandada* ***PORVENIR S.A.*** *y no probadas las demás excepciones, conforme las consideraciones expuestas.* ***SEGUNDO.- DECLARAR*** *que la demandante* ***MARIA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ*** *tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación de la garantía de pensión mínima de vejez establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1 de julio de 2014.* ***TERCERO.- CONDENAR*** *a la demandada* ***PORVENIR S.A.*** *a reconocer y pagar a favor de la demandante* ***MARIA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ*** *la pensión de vejez en cuantía equivalente al mínimo legal mensual vigente a partir del 1 de julio de 2014 y a cancelar el retroactivo causado desde dicha fecha hasta el momento en que sea incluida en nómina de pensionados, retroactivo que deberá cancelarse de manera indexada desde el momento de causación de cada una de las mesadas hasta el momento de su pago definitivo.* ***CUARTO.- CONDENAR*** *a la señora* ***MARIA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ*** *a reintegrar los valores recibidos por concepto de devolución de saldos debidamente indexados. Para efectos de este reintegro el Despacho ordena que del retroactivo ordenado en el numeral anterior se compense el valor recibido por la señora* ***MARIA LILIA*** *por concepto de devolución de saldos, valor que igualmente deberá indexarse desde la fecha en que le fue entregado a la señora* ***MARIA LILIA*** *hasta el momento en que se realice la compensación.* ***QUINTO.- ORDENAR*** *a la demandada* ***PORVENIR S.A.*** *que adelante ante el* ***MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*** *los trámites necesarios para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez y al* ***MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*** *conforme a lo señalado en las consideraciones que una vez recibida la solicitud proceda a adelantar los trámites pertinentes.* ***SEXTO.- SIN COSTAS*** *en la presente actuación. (...)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico fijar si la demandante tiene derecho a la garantía de pensión mínima y demás pretensiones, así

como si debe reintegrar el monto de la devolución de saldos conforme la demanda de reconvención.

Para resolver indicó que esta demostrado que la demandante cumplió 57 años el 11 de junio de 2013 y cotizó 1589 semanas, así mismo, que solicitó el reconocimiento de la pensión el 08 de mayo de 2014 y que la AFP la negó por falta de capital, tras lo cual presentó documentos que acreditan ingresos superiores a 1 SMLMV para obtener la devolución de saldos y que solo hasta cuando se negó la redención del bono pensional solicitó la garantía de pensión mínima, por ende, si bien la demandante presentó documentos falsos, la prueba testimonial y documental permite acreditar que no tiene ingresos y subsiste del apoyo familiar, por lo cual si bien su conducta fue reprochable, lo cierto es que la demandante actuó en perjuicio propio y el derecho a la pensión es irrenunciable, por lo cual ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez desde el mes siguiente a la última cotización, negó los intereses moratorios y solo accedió al retroactivo indexado, autorizando la compensación de lo pagado como devolución de saldos también de forma indexada y no condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que la decisión de la AFP de negar la pensión de vejez y acceder a la devolución de saldos no fue caprichosa, porque los documentos que presentó la demandante acreditaban ingresos superiores al SMLMV y por eso estaba excluida del apoyo estatal a través de la garantía de pensión mínima, por lo cual no puede acceder a la misma. De forma subsidiaria indicó que de mantenerse la condena se adicione la misma, en el sentido de permitir a la AFP hacer los descuentos para aportes de pensión, de otra parte, como quiera que la mesada solo se puede reconocer desde que el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** expide la Resolución, no se puede reconocer en

el mes de junio sino en septiembre de 2014[1] (01:39:23 archivo "*09. Audiencia Juzgamiento 01-Feb-2021*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandante solicitó confirmar el fallo, indicando que la demandante aportó documentos para reclamar la devolución de fondos porque la AFP solo le informó que no tenía derecho a la pensión y no le mencionó la garantía de pensión mínima, además, la sentencia de primera

[1] Frente a la decisión de primera instancia interpongo recurso de apelación, por lo cual solicitó se me conceda el presente recurso y a los honorables magistrados del tribunal superior de este distrito revoquen la decisión reconocida en primera instancia que condenó al reconocimiento y pago de una garantía de pensión mínima de vejez a favor de la demandante, teniendo en cuenta que se expuso dentro de las consideraciones de la sentencia que se ataca con el presente recurso que si bien la demandante había presentado unos documentos al momento de la reclamación de la prestación, mediante la declaración que se escuchó en la presente audiencia se había determinado que estaba declarando sobre unos dineros que en realidad no le correspondían y por tal efecto no cumplía los requisitos que tenía contenida la norma, en lo que tiene que ver con las excepciones al reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez, considérese honorables magistrados que cuando la demandante reclama la pensión de vejez presenta los documentos que le permitieron a PORVENIR estudiar el reconocimiento de la misma y determinar que no le asistía derecho a esta porque los ingresos que percibía tanto de salario como de canon de arrendamiento del inmueble, conforme se puede evidenciar con las pruebas documentales que obran en el expediente y que por esta razón ella se encontraba dentro de las excepciones consagradas en la norma, concretamente en las que se pueden ver a partir del artículo 3 del Decreto 832 de 1996, con sus respectivas modificaciones y por lo tanto PORVENIR, ante esa situación, como lo había determinado la ley decide no reconocer la pensión pero no porque se estuviera pasando por alto una prestación de vejez o la importancia que esta tenía sino porque, téngase en cuenta, esta pensión no podía ser reconocida mediante una pensión de vejez normal, es decir, en el RAIS que la demandante tuviera un saldo en su cuenta de ahorro individual, rendimiento y bono pensional con capital suficiente para gozar con una prestación de por lo menos un smlmv, entonces, cuando se recibe el apoyo estatal mediante el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, PORVENIR lo estudia y la misma normatividad ha establecido y ha señalado cuales son las excepciones que proceden en ese caso, es decir, que el Estado no entra a apoyar el saldo faltante en la cuenta del afiliado para pagarse la pensión cuando se determina que tiene una manera de proveer recursos o que tiene un sustento o erogaciones que le permiten continuar y por ende no entra esta ayuda estatal, recordemos que la garantía de pensión mínima es una pensión que se denomina así por la ley porque es esa ayuda que da el Estado a las personas que no completaron el capital suficiente y que esa renta y remuneraciones que perciben le permiten decir que no tenga el apoyo del estado, por tal razón PORVENIR no le reconoció la pensión pero en ningún momento se ha demostrado, con los documentos que están en el expediente, que mi representada hubiera desconocido derecho principal alguno por cuanto únicamente actuó con los presupuestos normativos que para el efecto se han consagrado y or ende accedió a la devolución de saldos en este caso. Por tanto, solicitó a la Sala revocar la decisión y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, sin embargo, en caso que el Tribunal considere que la demandante aún goa de este beneficio y que tiene que reconocerse la GPM, solicitó adicionar la sentencia en el sentido de que se le permita a PORVENIR hacer los descuentos de los aportes para pensión desde el momento en que se proceda al pago de las mesadas pensionales, por cuanto lo mismo no quedó así señalado en la parte considerativa de la sentencia y en igual sentido que se modifique la fecha de la que se reconoció la pensión, porque en la sentencia de primera instancia se ordenó que las mesadas pensionales se pagaran desde el 1 de julio de 2014 pero teniendo en cuenta las ultimas cotizaciones que efectuó la demandante, sin embargo, conforme la reclamación pensional evidenciamos que es de mayo de 2014 y que la misma Ley en cuanto el reconocimiento de la garantía de pensión mínima indica que el debe proferirse la Resolución de reconocimiento de la pensión por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para que PORVENIR pueda proceder a realizar el pago de las mesadas pensionales en un término no superior a 4 meses y se condenó a reconocer la prestación desde el mes de junio, se esta haciendo en el tiempo que no determina la Ley y por tanto esta se debe hacer desde el mes de septiembre de 2014, en ese sentido dejo sentado mi recurso de apelación.

instancia permite compensar el valor recibido por devolución de saldos. De otra parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó acceder al recurso porque la demandante se incluyó como parte de la excepción de la garantía de pensión mínima y, en todo caso, no se pueden considerar el cambio de las circunstancias económicas con posterioridad a la solicitud de reconocimiento y revisar la fecha de reconocimiento y permitir el descuento de los aportes a salud. Agotado el término de traslado, la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** se abstuvo de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a la garantía de pensión mínima para acceder a la pensión de vejez, en caso afirmativo, determinar la fecha de causación de la pensión y la procedencia de hacer descuentos por salud del eventual retroactivo, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **MARÍA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ** nació el 11 de junio de 1956 (pág. 105 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*"); ***ii)*** la demandante se afilió a la demandada **PORVENIR S.A.** el 18 de mayo de 2000 (pág. 79 a 81 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*"); ***iii)*** **PORVENIR** indicó mediante documento del 15 de octubre de 2014, que la demandante tiene 1604 semanas cotizadas, mientras que la Oficina de Bonos Pensionales de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**

indica que la demandante tiene 909 semanas validas para bono cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación definida (fl. 13, 227 a 229 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*"); ***iv)*** la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a la AFP demandada el 08 de mayo de 2014, contestando la AFP mediante oficio del 15 de octubre de 2014 que la afiliada no cuenta con el capital suficiente para financiar la pensión, aceptando la solicitud de devolución de saldos elevada por la afiliada el 10 de octubre de 2014, pagando por tal concepto $36.926.789 a la demandante (pág. 11 a 13, 16 a 18 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*"); ***v)*** el 30 de octubre de 2014, la demandante manifestó bajo juramento la imposibilidad de seguir cotizando para pensiones obligatorias y el 26 de diciembre de 2016 radicó solicitud de trámite de bono pensional indicando que no tiene ingresos ni bienes inmuebles (pag. 19, 150 a 160 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró el derecho del demandante a la pensión de vejez en virtud de la garantía de pensión mínima, declaró probada la excepción de compensación, condenó al pago indexado del retroactivo causado del 1° de julio de 2014 hasta la inclusión en nómina de pensionados y a compensar dicha suma con la devolución de saldos indexada y se abstuvo de condena en costas.

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo, de forma subsidiaria, autorizar los descuentos por aportes a salud y modificar la fecha de reconocimiento pensional. Indicó que la demandante esta excluida de la garantía de pensión mínima porque allegó documentación que acreditaba que tenía ingresos superiores a 1 SMLMV, de otra parte, señaló no se autorizó a la AFP hacer los descuentos por aportes y que la fecha de reconocimiento depende de la Resolución que expida el Ministerio demandado, por lo cual no es junio de 2014 sino septiembre de 2014.

- **Sobre la garantía de pensión mínima de vejez.**

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993 consagró los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS del Sistema General de Pensiones, conforme el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado.

Como mecanismo de solidaridad, el artículo 65 *ibídem* consagró la garantía de pensión mínima de vejez, a favor de los afiliados hombres que a los 62 años y mujeres que a los 57 años no han alcanzado a general la pensión de vejez, pero que por lo menos cotizaron 1150 semanas, a quienes se les reconoce el derecho de que el Gobierno Nacional les complete la parte que hace falta para obtener dicha pensión. De ahí que el artículo 68 de la misma Ley establece que la pensión de vejez en el RAIS se financia con los recursos de la cuenta de ahorro pensional, el valor del bono pensional y el aporte de la Nación en los casos en que se cumplen los requisitos para la garantía de pensión mínima.

Resulta relevante que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 consagró la excepción a la garantía de pensión mínima, estableciendo que cuando la suma de pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o beneficiario sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar al reconocimiento de dicha garantía. La precitada norma fue derogada expresamente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, publicada en el diario oficial 50.964 del 25 de mayo de 2019.

No fueron pocos los conflictos, en vigencia del artículo 84 de la Ley 100 de 1993, en donde se discutió si el afiliado estaba excluido de la garantía de pensión por devengar ingresos superiores a 1 SMLMV, concluyendo la H. CSJ que en los eventos en que el afiliado o sus beneficiarios devengaban sumas superiores al salario mínimo no aplicaba el principio solidario y, por ende, procedía la devolución de

saldos, siendo responsable la AFP de verificar: ***i)*** si dicho ingreso es permanente, porque solo en tal caso no procede el subsidio estatal; ***ii)*** si es un ingreso temporal, no cesa la garantía pero solo habrá lugar a la pensión mínima a partir de que cese la renta, tal y como se indicó en la sentencias SL4531 de 2020, SL4583 de 2020, SL4252 de 2021, SL5701 de 2021, entre otras.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que no hay discusión entre las partes respecto que la demandante cumple los requisitos de causación de la garantía de pensión mínima de la pensión de vejez, por cuanto no hay controversia de que **MARÍA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ** nació el 11 de junio de 1956, cotizó más de 1150 semanas y que **PORVENIR** le informó el 15 de octubre de 2014 que no tiene el capital suficiente en su CAIP para financiar la pensión de vejez conforme el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 (pág. 13, 16 a 18, 105, 227 a 229 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").

Así las cosas, verifica la Sala que el reproche principal de la apelante **PORVENIR S.A.** no es otro que revocar el reconocimiento pensional alegando que la demandante presentó documentos que en su momento acreditaban ingresos superiores a 1 SMLMV.

Respecto dicha inconformidad, la Sala advierte que los requisitos legales y jurisprudenciales expuestos, la garantía de pensión mínima se causa con el cumplimiento de los requisitos de edad, densidad de semanas cotizada igual o superior a 1150 semanas y la insuficiencia de los saldos de la CAIP para financiar la pensión de vejez en el RAIS, conforme se indicó en las sentencias SL4531 de 2020, SL2944 de 2021 y SL4252 de 2021.

En consecuencia, la demandante tiene derecho a la garantía de pensión mínima, por cuanto cumplió todos los requisitos antes señalados, toda vez que alcanzó la edad de 57 años, con 1604 semanas

cotizadas, pese lo cual los recursos en su CAIP y bono pensional son insuficientes para financiar la pensión de vejez.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no pasa por alto que la demandante **MARÍA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ**, de forma reprochable, al momento en que solicitó la devolución de saldos ante la falta de capital suficiente para acceder a la pensión de vejez, presentó el 26 de junio de 2014 certificado expedido por contador público en el sentido de que devengaba $800.000 por arrendamiento de inmueble en Villavicencio, así mismo, que el 08 de mayo de 2014, en la solicitud de reconocimiento pensional inicial, la demandante aportó certificado laboral de abril de 2014 que relacionada un salario de $2.268.000 (pág. 115, 118 a 121 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").

Considerando los anteriores documentos, resulta razonable que la AFP en su momento concluyera que la demandante no tenía derecho a la garantía de pensión mínima, por cuanto aún considerando que conforme la fecha de la última cotización fue junio de 2014 y que en esa data terminó el contrato de trabajo, la demandante aún contaba con un ingreso de $800.000 por arrendamiento, cifra que para 2014 era superior a 1 SMLMV, que para dicha anualidad era de $616.000 (pág. 98 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").

Pese lo anterior, existen elementos de prueba que acreditan que la situación real de la demandante no corresponde a lo por ella señalada inicialmente ante la AFP.

En efecto, la propia demandante presentó el 26 de diciembre de 2016 derecho de petición, el cual si bien tenía como finalidad procurar que la AFP gestionara la redención del bono pensional, tenía información relevante sobre la condición económica de la afiliada, por cuanto acreditaba que el *inmueble* por el cual devengaba ingresos no era de su propiedad sino de su hermana LUPE JHOHANNA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, junto con certificación dada por contador público de que dicha persona dio a la demandante los ingresos del

arriendo como apoyo económico (pág. 150 a 160 archivo "*01. ORDINARIO No 110013105032-2017-00788-00*").

Posteriormente, la señora LUPE JHOHANNA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en testimonio rendido bajo juramento, manifestó que entregó a su hermana (la demandante), el valor de 3 meses de arriendo cuando ella terminó su contrato de trabajo y salió de la empresa y quedó con *las manos cruzadas*, sin embargo, no le entregó más cánones porque debía pagar un crédito sobre dicho inmueble, por lo cual desde entonces ayuda a la demandante con solo $300.000 (16:28 audiencia "*09. Audiencia Juzgamiento 01-Feb-2021*").

Así las cosas, advierte la Sala que si bien el interés inicial de la demandante fue reclamar la devolución de saldos, para lo cual inclusive faltó a la verdad ante la AFP acerca de su situación económica, lo cierto es que conforme los elementos de pruebas allegados al proceso se puede concluir, de forma razonable, que no cuenta con fuentes de ingreso con posterioridad a la terminación de la relación laboral y pago de la última cotización en junio de 2014, motivo por el cual, ante la incertidumbre de que en efecto este excluida de la garantía de pensión mínima, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer a la demandante el derecho a la pensión de vejez en virtud de dicha garantía.

Advierte la Sala que la apelante **PORVENIR S.A.**, de forma subsidiaria, solicitó que se le autorice el descuento de aportes a pensión, respecto lo cual considera esta Sala que lo que quiso decir la apoderada de la AFP fue la solicitud de descuento de aportes a salud del retroactivo que se cause, solicitud a la cual se accederá, en el entendido de que los mismos están a cargo de la demandante en virtud de los artículos 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 de la Ley 2010 de 2019.

En cuando a la modificación de la fecha de reconocimiento, la Sala no accederá a la misma, por cuanto la misma es acorde con el último periodo cotizado por la demandante, de otra parte, corresponde a la AFP efectuar el pago de la pensión de vejez obtenida a través de la

garantía de pensión mínima sin que deba esperar a la decisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto la AFP esta facultada para el reconocimiento provisional de la pensión de vejez con cargo a los dineros existentes en la CAIP conforme el artículo 7 del Decreto 832 de 1996 compilado en el artículo 2.2.5.4.2 del Decreto 1833 de 2016.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **AUTORIZAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a deducir del valor del retroactivo pensional a favor de la demandante **MARÍA LILIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ**, el porcentaje correspondiente a los aportes a salud a cargo del pensionado, conforme los artículos 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 de la Ley 2010 de 2019.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33 2019 00108 01

Bogotá D.C. veintitrés (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS y contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 18 de julio de 1961, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 17 de enero de 1986 y el 22 de septiembre de 1986, y cotizó a dicha entidad un total de 35.57 semanas; que prestó servicios en la Cámara de Representantes entre el 19 de agosto de 1986 y el 22 de diciembre de 1987, entre el 14 de diciembre de 1996 y el 30 de noviembre de 1996, y durante estos lapsos realizó cotizaciones a FONPRECON; que prestó servicios a la Personería de Bogotá del 8 de junio de 1988 al 20 de diciembre de 1989 y durante este tiempo realizó cotizaciones a la Caja de Previsión Social de Bogotá; que entre el 22 de diciembre de 1989 y el 30 de marzo de 1990 prestó servicios al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y realizó cotizaciones a CAJANAL; que entre el 8 de marzo de 1993 y el 20 de abril de 1995 prestó servicios a la Superintendencia de Puertos y Transporte y durante este tiempo realizó cotizaciones a CAJANAL; que el 29 de julio de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR; que el 29 de septiembre de 2000, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 9 de agosto de 2007 se trasladó a COLFONDOS; y finalmente el 27 de marzo de 2008 se trasladó a la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 27 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (Pdf.27).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Pdf.16).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (Pdf.20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto la afiliación realizada el 30 de julio de 1996 a la Sra. CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO, identificada con cédula de ciudadanía N° 39.683.742. **SEGUNDO: DECLARAR** que la Sra. CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO, identificada con cédula de ciudadanía N° 39.683.742, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual la Sra. CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO. **QUINTO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., el traslado de las cuotas de administración, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada de manera proporcional a cada una de ellas y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas. **SEXTO: DECLARAR** NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **SEPTIMO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de uno punto a cinco (1.5) S.M.L.M.V. COLFONDOS; dos (2). S.M.L.M.V. PORVENIR. ."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación, dirige su recurso únicamente a que se condene en costas a la demandada COLPENSIONES, por haber sido vencida en el proceso.

La apoderada de la demandada **COLFONDOS**, interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de la demandante que se refleja en los rendimientos obtenidos y ordenar la devolución de estos valores se incurriría en un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

Por su parte, la apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la entidad dio cumplimiento al deber de información que la ley dispone, que no se analizó la situación particular de la demandante, quien solo

manifiesta oposición a su vinculación en cuanto el valor de la mesada pensional, sin que esta razón constituya un vicio del consentimiento. Señala que la demandante se benefició del RAIS al obtener rendimientos en su cuenta y que no es procedente la devolución de los gastos de administración que se encuentran debidamente autorizados por la ley y que corresponden a la labor desempeñada por el fondo.

Finalmente el apoderado de **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia, ya que considera que la demandante está incursa en una prohibición legal para regresar al RPM y que el traslado es válido porque suscribió el formulario de manera libre y que no era obligación para los fondos documentar la información que daban a los afiliados en ese momento

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber legal de información.

El apoderado de la AFP COLFONDOS presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como determinar la procedencia de la devolución al RPM de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 16 de julio de 1961 (fl. 31); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 17 de enero de 1986 y el 22 de septiembre de 1986, por un total de 35.57 semanas (fl. 41, Pdf. 6, Cd. 2); ***iii)*** que prestó servicios en la Cámara de Representantes entre el 19 de agosto de 1986 y el 22 de diciembre de 1987, entre el 14 de diciembre de 1996 y el 30 de noviembre de 1996, y durante estos lapsos realizó cotizaciones a FONPRECON (fl. 45); ***iv)*** que prestó servicios a la Personería de

Bogotá del 8 de junio de 1988 al 20 de diciembre de 1989 y durante este tiempo realizó cotizaciones a la Caja de Previsión Social de Bogotá (fl. 50); ***v)*** que entre el 22 de diciembre de 1989 y el 30 de marzo de 1990 prestó servicios al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y realizó cotizaciones a CAJANAL (fl.53); ***vi)*** que entre el 8 de marzo de 1993 y el 20 de abril de 1995 prestó servicios a la Superintendencia de Puertos y Transporte y durante este tiempo realizó cotizaciones a CAJANAL (fl. 57); ***vii)*** que el 30 de julio de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 32); ***viii)*** que el 9 de agosto de 2007, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 33); ***v)*** que el 27 de marzo de 2008, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 205); ***vi)*** que el 27 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 72).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que*

	el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 29 de julio de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, min. 16:57), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió una asesora de COLPATRIA, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta. Señaló que en general no se le dio información detallada sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las

pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se modificará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en cuanto no es suficientemente claro en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Finalmente, para resolver el argumento de apelación de la demandante, referido a que debe dictarse condena en costas en contra de COLPENSIONES, la Sala considera que en virtud de lo dispuesto

en el artículo 365 del CGP, no es procedente dictar condena por este concepto a cargo de esta entidad, pues la norma dispone esta carga a las partes que resultan vencidas y en el caso bajo estudio las órdenes dictadas a cargo de COLPENSIONES son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral QUINTO de la sentencia apelada para disponer que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser

indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00108 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38 2016 00241 02

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el cinco (5) de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CLAUDIA MARGARITA SERRANO REYES, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS**, con el fin de que se declare que las patologías que padece son de origen laboral, que tiene derecho a la pensión de invalidez. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada que corresponda al pago de la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de dicho estado, que

se condene a la persona natural demandada al pago de los aportes a seguridad social desde julio de 2015 hasta la finalización de la relación laboral, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que inició a laborar al servicio de YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS el 1° de octubre de 2008; que el 27 de octubre de 2008 sufrió un accidente de trabajo; que el 30 de marzo de 2010 YESID FRANCISCO la despidió; que presentó acción de tutela para obtener el reintegro y esta correspondió al Juzgado 58 Penal Municipal de Bogotá, quien mediante sentencia del 4 de junio de 2010 negó el amparo solicitado; que posteriormente el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá revocó la decisión anterior y concedió el amparo solicitado, ordenando al demandado YESID FRANCO reintegrarla al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría; que ante la negativa del demandado para dar cumplimiento a la orden de tutela tuvo que iniciar incidente de desacato; que fue reintegrada a un cargo denominado ayudante de metalmecánica, el cual no se ajustaba a sus condiciones de salud, pues en ocasiones debía levantar bultos de 20 kilos; que por esta razón su estado de salud desmejoró y en febrero de 2011 fue incapacitada y tuvieron que intervenirla quirúrgicamente; que desde entonces ha venido siendo incapacitada hasta la actualidad.

Señaló que su empleador solo le pago los salarios correspondientes hasta octubre del año 2011 y le indicó que los salarios causados con posterioridad a los 180 días de incapacidad se los debía cancelar la E.P.S. o la A.F.P.; que desde esa fecha no le han cancelado las incapacidades correspondientes; que mediante dictamen realizado por la AFP PORVENIR el 4 de noviembre de 2011, se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 28.55%, con fecha de estructuración 16 de junio de 2011; que dicho dictamen fue impugnado pero la Junta Nacional de Calificación de

Invalidez definió que no era posible realizar la calificación porque no se tenía una evaluación del puesto de trabajo; que a través de una acción de tutela logró que la ARL realizara la evaluación del puesto de trabajo; que el 4 de abril de 2014 anexó los documentos requeridos por la Junta Nacional y solicitó la calificación, pero dicha entidad le informó que debía iniciar un proceso nuevo; que no pudo iniciar un proceso nuevo de calificación porque su empleador no le continuo pagando la seguridad social y no tenía como conseguir los conceptos médicos; que a la fecha no ha sido posible que las entidades competentes realicen la calificación correspondiente; que el 1° de febrero de 2016 fue valorada por un médico especialista en salud ocupacional, quien le definió un 49.43% de pérdida de capacidad laboral; que en dicho dictamen no se tuvo en cuenta el diagnóstico de su médico tratante lo que seguramente le aumentaría el porcentaje de pérdida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLMENA SEGUROS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó el relacionado con el accidente de trabajo y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, ausencia de responsabilidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa y enriquecimiento sin causa (Pdf. 2, fls. 3 a 20).

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación a cargo de mi representada para reconocer y pagar la pensión de invalidez pretendida en la demanda por ausencia de los presupuestos y requisitos en la ley 100 de 1993, ausencia de derecho sustantivo, falta de cumplimiento de los

requisitos legales, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (Pdf. 2, fls. 52 a 64).

Mediante auto del 27 de abril de 2017, el juzgado tuvo por no contestada la demanda al demandado YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS (Pdf. 2 fl. 133).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES ENTIDADES PORVENIR S.A. de las pretensiones de la demanda incoada por Claudia Margarita Serrano Reyes, relacionadas con el reconocimiento de pensión de invalidez y sus consecuenciales. **SEGUNDO: ABSOLVER** a RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. de las súplicas subsidiariamente propuestas por la parte actora, relacionadas con el reconocimiento de indemnización por pérdida de capacidad laboral permanente parcial, al no evidenciarse que el origen de la pérdida de capacidad acreditado en el informativo fuera de carácter laboral. **TERCERO:** abstenerse de imponer alguna carga al señor Yesid Francisco Ferreira Villegas, pues en últimas en el informativo no quedó alguna pretensión en relación con este convocado a juicio. **CUARTO:** excepciones dadas las resultas del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. **QUINTO:** sin costas en la instancia. **SEXTO:** si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia consúltese con el superior."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama la actora. Para resolverlo indicó que se acreditó en el expediente la existencia de una relación laboral entre la demandante y YESID

FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS y que este empleador le realizó la última cotización a pensión para el periodo julio de 2015. Señaló que de acuerdo a la prueba pericial practicada dentro del expediente, se definió mediante dictamen del 13 de agosto de 2019, que la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 53.26% de origen común y estructurada el 31 de enero de 2019, que al revisar las cotizaciones a pensión de la demandante, no cumple con el requisito definido en la norma, pues no cuenta con ninguna semana de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez. Agregó que dentro del expediente no existe prueba que permita establecer que la capacidad residual de trabajo de la demandante, haya cesado precisamente en el momento en que efectuó su última cotización al sistema, pues el dictamen establece de manera clara que las patologías que padece configuran el estado de invalidez pero en el año 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se ordene el reconocimiento de la pensión reclamada. Para sustentar el recurso aduce que debe tenerse en cuenta que el dictamen realizado dentro del proceso definió que la actora tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la cual se estructuró el 31 de enero de 2019, que no obstante, debe verificarse si esta es la verdadera fecha de estructuración de la invalidez de la demandante, en cuanto los diversos diagnósticos médicos que se le dieron con anterioridad, demostraban que ya tenía varios padecimientos que podrían configurar su estado de invalidez mucho antes de la fecha señalada en el dictamen, que ello no se tuvo en cuenta y además va en contra de la forma en que se asignan los porcentajes a cada una de las patologías, según el manual único de calificación regulado en el Decreto 1507 de 2014. Señaló que los exámenes paraclínicos que deben tenerse en cuenta para realizar

la calificación, según el manual único de calificación, acreditan que la demandante padecía de estas patologías, por lo menos, desde julio del año 2017, y que dentro de los tres años anteriores a esta fecha, la demandante si acredita más de 50 semanas de cotización. Subsidiariamente, solicita que se tenga en cuenta que la progresión de la enfermedad no está ligada a la capacidad residual de trabajo que tiene la persona para que pueda continuar cotizando sino a que esta es una enfermedad es crónica y degenerativa, por lo que es procedente la aplicación del precedente jurisprudencial definido sobre la materia[1].

---

[1] *"Sí señoría muchas gracias se va a presentar recurso de apelación, contra la sentencia que se acaba de emitir, para que sea revocada en su totalidad y en su lugar se condena al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a Porvenir, tal como procedo a sustentar en este momento, solicito a los señores magistrados tengan en cuenta: a saber para reconocer la pensión de invalidez, la primera de ellas es que se tenga en cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral, aportado presentado durante el proceso el cual estableció una pérdida de capacidad laboral, superior al 50% sin embargo con una fecha de estructuración, de enero del año 2019 tal como se señaló en los alegatos de conclusión, el primer punto de análisis se encaminaría a verificar, señores magistrados si a la fecha que estableció la junta regional de la junta de calificación de invalidez, es la fecha real de estructuración de las enfermedades o del 50% de pérdida de capacidad laboral, la señora todo tuvo 3 diagnósticos o deficiencias tenía 50 para calificación, la suficiencia venosa crónica periférica otros desplazamientos específicos, de los discos intervertebrales y el trastorno depresivo recurrente no especificado, si bien es cierto ese es un tema técnico y médico laboral, también se puede evidenciar con el manual de calificación de crédito 1507 el año 2014, cuáles son los exámenes que se tienen en cuenta, para poder asignar una clase funcional determinada entonces, para cada una de las enfermedades en el caso de la insuficiencia venosa, tenemos que para el 17/07/2017 medicina general virrey Solís IPS, que aparece dentro del expediente y que además se encuentra, en la historia clínica de la demandante aportada y en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el mismo diagnóstico con las mismas conclusiones en los exámenes clínicos, que se realizaron para ese momento que son los que se tienen en cuenta para la clase funcional principal, desde el 17/07/2017 por lo tanto aquí tendríamos que una de las deficiencias, no tendría como fecha de estructuración en enero del 2019, sino en julio del 2017 en el caso de otros desplazamientos específicos de los discos intervertebrales tenemos, que para este diagnóstico también hay una deficiencia inclusive, desde la primera calificación que se hizo por parte, del fondo de pensiones Porvenir en el año 2013 y la historia clínica tiene el mismo diagnóstico, para el 08/06/2013 con las mismas secuelas y la misma afectación en los diferentes discos intervertebrales, que tuvo en cuenta en enero de 2019 el neurólogo, en el caso cuando dio su dictamen solicitó que se tengan en cuenta, en el caso de los del trastorno depresivo recurrente no especificado el 12/04/2017, se estableció a partir de ese momento que la paciente, ya llevaba más de 2 años con este trastorno, que es la exigencia que requiere el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral, para poder calificarlo y asignarle el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que le asignó la Junta, entonces en este primer se solicitó su señoría que se revise, que la paciente calificada y la demandante si tenía una pérdida de capacidad laboral, a julio del 2017 si tenemos en cuenta que los exámenes clínicos que determina el manual de calificación de invalidez, para establecer la deficiencia y la clase funcional, se encontraban para cada una de las patologías, la más la más cercana del 2017 a 17 el 17/07/2017, de estos se encuentra bien sea tanto en la historia clínica, como en los dictámenes de calificación que sirvieron de fundamento, para la sentencia esto significa que para el 17/07/2017 la demandante, sí contaba con 50 semanas dentro de los 20 años antes dentro de los 3 años anteriores, a la fecha de estructuración de la invalidez teniendo en cuenta, que su última cotización fue en julio del año 2015, tal como lo señaló el despacho y se evidencia en la historia laboral aportada por Porvenir, pero si no se tuviera en cuenta por ser este un tema,*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLMENA solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

El apoderado de la demandada PORVENIR S.A. solicita igualmente que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

---

tan técnico y médico solicito su señoría que se tenga en cuenta, que la progresión de la enfermedad no está ligada tanto al concepto de la capacidad residual que tenga la persona, para poder cotizar posteriormente como se hizo, digamos énfasis en la sentencia sino a que es una enfermedad progresiva, crónica y degenerativa, primero porque como se señaló la definición de esta enfermedad y así lo señala la discopatía degenerativa y lo señala el Ministerio del trabajo o el Ministerio de protección social, cuando se estableció el manual para determinar la identificación de riesgos y peligros, esta es una enfermedad que va avanzando con el tiempo y es una enfermedad degenerativa, por tal motivo solicito que se aplique el presidente de jurisprudencial, que se señaló en los alegatos de conclusión en la sentencia SU-588 del 2016, pero sobre todo de la Corte Suprema de Justicia en donde, mediante sentencia del 14/08/2019 SL 3275 del 2019, como magistrada ponente doctora clara Cecilia Dueñas Quevedo, en un caso en donde también era una enfermedad progresiva era una enfermedad no se hizo alusión en este caso a la capacidad residual si no se hizo alusión realmente a la evolución de la enfermedad en el tiempo, que en principio la enfermedad no era tan grave, pero empezó a evolucionar en el tiempo empezó a agravarse y el trabajador no tenía cómo vincularse laboralmente, si vemos el material probatorio la trabajadora, tuvo que presentar precisamente una acción de tutela en contra del empleador, para poder ser reinstalada ya tenía una pérdida de capacidad laboral del 28.55% de lo cual nos indica, que para que la trabajadora fuera vinculada laboralmente a otra empresa, realmente le resultaba bastante complejo porque como sabemos no es fácil, la inclusión nuevamente un trabajador con esta pérdida de capacidad laboral y que una de las patologías que es el trastorno depresivo, fue como consecuencia realmente de las enfermedades tal como se evidencia en los diagnósticos que dio el psiquiatra y el concepto y conclusiones a los cuales llegó por lo tanto, pues como consecuencia de estas enfermedades que se fueron presentando durante el tiempo que la paciente estaba calificando, se está estaba en todo el proceso de calificación pero, adicionalmente no solamente ello la paciente y la demandante tuvo que presentar sendas peticiones sendas acciones de tutela, en contra de las diferentes entidades de Seguridad Social, para que fuera calificada no solamente su origen sino su pérdida de capacidad laboral, lo que no obtuvo porque solamente obtuvo la pérdida de capacidad laboral por el fondo de pensiones, pero la Junta regional se negó a calificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y considerando, que no se ha definido el origen y después de esto la demandante tuvo que presentar una demanda y solo con una orden judicial, la Junta regional decidió calificar nuevamente la pérdida de capacidad laboral, entonces con todo eso si se puede evidenciar señoría la necesidad y el proceso, que tuvo que estar sometida la demandante para para que fuera calificada su pérdida de capacidad laboral y a partir de la terminación del contrato de trabajo, que fue en el 2015 pues ya no contaba con los recursos suficientes, para iniciar el nuevamente su calificación en ese sentido, solicito muy respetuosamente se tengan en cuenta estos dos puntos, para que sí sea concedida la pensión de invalidez de origen común, por lo menos desde la fecha en que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues su historia clínica así demuestra que su enfermedad es una enfermedad progresiva, que vino a agravarse y a enervarse con el accidente de trabajo es todo muchas gracias señoría."

La apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y se conceda la pensión reclamada, para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante causó el derecho a la pensión de invalidez que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 24 de marzo de 1964 (Pdf. 1, fl. 17); ***ii)*** que en octubre de 2008 sufrió un accidente de trabajo mientras se encontraba vinculada laboralmente con YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS (Pdf. 1 fl. 26); ***iii)*** que el 2 de noviembre de 2011, Seguros de Vida Alfa, por solicitud de la AFP PORVENIR, definió a la demandante una pérdida de capacidad laboral del 28.55% de origen común, estructurada el 16 de junio de 2011 (Pdf. 1, fls. 438 y 439); ***iii)*** que dentro del trámite del proceso la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 15 de marzo de 2019, definió a la demandante un pérdida de capacidad laboral del 53.26% de origen común, estructurada el 31 de enero de 2019 (Pdf. 2, fl. 212); ***iv)*** que la última cotización en

pensiones realizada por la demandante fue para el periodo julio de 2015 (Pdf. 1 fl. 787 y Pdf. 2, fl. 75).

- **Sobre la fecha de estructuración del estado de invalidez**

Sea lo primero indicar que el proceso de calificación integral de la pérdida de capacidad laboral es un trámite debidamente regulado, por cuanto la legislación de la seguridad social estableció las etapas, términos y personas facultadas para desarrollar los mismos.

Ahora bien, sobre las controversias que se suscitan frente a los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que dichos documentos no constituyen prueba solemne, que son susceptibles de ser controvertidos y que el juez para su valoración no está sujeto a la tarifa legal de prueba, en cuanto puede fundamentar su decisión en aquel que le merezca mayor credibilidad al realizar una valoración conjunta de los elementos de prueba con los que cuenta. Al efecto en sentencia SL 640-2021 que reiteró lo definido en sentencia de radicado 35450 del 18 de septiembre de 2012, dicha Corporación dijo lo siguiente:

"Se ha de advertir en primer término, que la jurisprudencia de la Corte tiene establecido el criterio de que los dictámenes de las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez, no son pruebas solemnes y por lo tanto, el juzgador respecto de ellos no está sometido a la tarifa legal de prueba. En consecuencia, como prueba pericial que es, queda sometida a la libre apreciación del juez.

De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro

del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social..."

Del anterior referente jurisprudencial, entiende la Sala que el Juez puede fundamentar su decisión en cualquiera de los dictámenes realizados o aportados al expediente, que al ser valorados de manera conjunta le ofrezcan mayor credibilidad o certeza respecto de la controversia planteada. Dado que en esta instancia lo único que se controvierte es la fecha de estructuración del estado de invalidez, el Tribunal solo se ocupará de este aspecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que dentro del proceso se decretó como prueba pericial en favor de la parte demandante, un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral que realizó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, dicho ente definió el 31 de enero de 2019, que CLAUDIA MARGARITA SERRANO REYES, tiene una pérdida de capacidad laboral del 53.26% de origen común y estableció como fecha de estructuración de dicho estado el 31 de enero de 2019 (Pdf. 2, fls. 212).

Sobre el referido dictamen, la parte demandante no presentó objeción o manifestación de contradicción alguna, en el punto específico a la fecha de estructuración del estado de invalidez, además de lo anterior, dentro de la audiencia realizada el día 5 de febrero de 2021 (audio, archivo N° 10), la apoderada de la parte demandante desistió del interrogatorio a los peritos, que solicitó con anterioridad. De ello resulta, la imposibilidad de la Sala para estudiar o definir si la fecha de estructuración de la invalidez pudo darse desde una fecha anterior, como lo aduce la recurrente, pues no se encuentra dentro del expediente otro dictamen o documento del cual se pudiera arribar a esta conclusión.

Si bien se aportó copia de la historia clínica de la demandante (Pdf. 1, fls. 143 a 426), la Sala no puede entrar a definir un aspecto que requiere de un conocimiento técnico, menos aun cuando no existen otros medios de prueba que acrediten una estructuración de la invalidez en una fecha anterior. No se desconoce la existencia de otros dictámenes en el expediente, pero no pueden ser tomados como referencia porque definían porcentajes de calificación inferiores al 50%, es decir, no determinaban la condición de invalidez de la demandante.

Tampoco es posible tener en cuenta al efecto, la fecha en que fueron diagnosticadas las diversas patologías a la demandante, como lo pretende su apoderada, pues ello, no permite establecer la fecha en que la suma de estos padecimientos, configuró el estado de invalidez. El solo diagnóstico de una enfermedad no puede tenerse como fecha de estructuración del estado de invalidez, pues no siempre una sola patología configura la invalidez y en el caso bajo estudio, no está probado que las diferentes enfermedades de la demandante, que en suma son las que llevaron a que se configurara su estado de invalidez, existieran en la intensidad definida por la Junta desde fechas anteriores, para siquiera entender que la fecha de estructuración podría ser anterior, menos aún puede concluirse que el dictamen vulnera lo definido en el Decreto 1507 de 2014, en este especifico aspecto, porque precisamente la decisión emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es consonante con los dispuesto en el artículo 3° de dicha disposición.

Así las cosas, y al no existir elementos de juicio suficientes para entender que la fecha de estructuración del estado de invalidez de la demandante es anterior, la Sala tendrá en cuenta el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 15 de marzo de 2019 (fl. 212 Pdf. 2), para definir sobre el derecho pensional que se reclama.

- **Pensión de Invalidez**

Solicita la apoderada de la parte demandante que se aplique el criterio definido por la Corte Suprema de Justicia sobre las enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o progresivas y se reconozca la pensión de invalidez a partir de la fecha en que la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizó el dictamen que definió la condición de invalidez de la actora.

Para resolver este aspecto de la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala aplicará el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3275-2019, que se encuentra en armonía con lo definido por la Corte Constitucional, entre otras en las sentencias de tutela T-163 de 2011 y SU 588 de 2016. Dijo la Corte Suprema sobre el asunto que nos ocupa que:

"en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos".

Y más adelante en la misma providencia, haciendo referencia al criterio expuesto por la Corte Constitucional dijo que:

"en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión

que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario".

Teniendo en cuenta el anterior criterio jurisprudencial y revisadas las circunstancias específicas que plantea el caso bajo estudio, encuentra la Sala que dicho criterio no resulta aplicable a la situación de CLAUDIA MARGARITA SERRANO REYES, pues el criterio que platea la Corte Suprema, está definido para casos en los que la fecha de estructuración de la invalidez que definen las juntas es anterior a la fecha en que la persona realiza su última cotización al sistema, entiéndase, la fecha en que realmente perdió la capacidad residual de trabajo, circunstancia diferente a la que se presente en el caso de la demandante, donde la fecha de estructuración de su estado de invalidez es posterior a la fecha en que realizó su última cotización al sistema de pensiones.

Nótese que en la situación particular de la demandante, ésta realizó su última cotización al sistema de pensiones en julio de 2015 (Pdf. 1 fl. 787), y la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen realizado el 15 de marzo de 2019, le definió una pérdida de capacidad laboral del 53.26%, y estableció como fecha de estructuración de dicho estado el 31 de enero de 2019 (Pdf. 2, fl. 212), es decir, una fecha posterior a aquella dejó de trabajar o realizó su última cotización al sistema.

Por lo anterior, es posible concluir que el criterio expuesto inicialmente no es aplicable al caso de la actora, pues no puede la Sala, interpretar la regla definida por la Corte para llegar a la conclusión que dicha tesis es aplicable a casos como el de la demandante, porque ello implica desconocer el contenido de las normas que regulan la materia, sin que exista una razón que lo justifique, en tanto las circunstancias especiales del caso no se enmarcan dentro de las que definió la jurisprudencia para las

enfermedades congénitas, degenerativas, crónicas o progresivas, donde las personas, por la situación especial de la patología que les aqueja, pueden continuar laborando, incluso con posterioridad a la fecha en que se estructura el estado de invalidez.

Así las cosas y dado que dentro de los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez (31 de enero de 2019), la demandante no realizó ninguna cotización al sistema de pensiones, pues el último periodo cotizado fue en julio de 2015 (fl. 787, Pdf. 1), concluye la Sala que la demandante no cumple los requisitos definidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones establecidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para causar el derecho a la pensión de invalidez que reclama.

Finalmente, para responder el argumento de apelación referido a que es procedente el reconocimiento de la pensión atendiendo la situación especial de la demandante, advierte el Tribunal que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones es un servicio público que se presta por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la Constitución y la Ley (como lo ordena el artículo 48 de la Constitución Política y lo reitera el artículo 4° de la ley 100 de 1993). En consecuencia, son estos instrumentos los que definen la forma como se garantizan los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten[2]. Por ello, los topes de cotización requeridos para acceder a los beneficios del Sistema de Seguridad Social que ha definido el legislador o el constituyente, son de obligatoria aplicación para el operador judicial.

[2] Ley 100 de 1993 artículo 1°

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38 2020 00117 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS EDGARDO CASTRO MERCADO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 16 de enero de 1962; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 3 de octubre de 1989 y el 31 de enero de 1996, y realizó cotizaciones a dicha entidad por 320.86 semanas; que el 26 de febrero de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 16 de junio de 1998, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR; que el 8 de abril de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR; que el 4 de julio de 2002, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que el 15 de abril de 2003, se trasladó a la AFP PORVENIR; que el 28 de julio de 2005, se trasladó a la AFP SKANDIA; que el 25 de agosto de 2006, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 30 de agosto de 2007, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que el 21 de julio de 2009, se trasladó a la AFP SKANDIA; que el 12 de marzo de 2010, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; y finalmente el 14 de junio de 2011, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que ninguna de las AFP demandadas le informó o expuso las consecuencias que representaba realizar un traslado de régimen pensional; que además fue inducido en error para firmar el formulario, pues se le dieron a conocer ventajas y beneficios inexistentes; que el 14 de agosto de 2019, solicitó COLPENSIONES su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación actual del demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la

acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Carpeta 4, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y traslado de aportes (Carpeta 5, Pdf. 1).

SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación actual a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe y cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación (Carpeta 6, Pdf. 7).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor y su afiliación actual a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso 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 RAIS, ratificación de la afiliación del actor a COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Carpeta 7, Pdf. 1).

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor, su afiliación inicial a dicha entidad y cotizaciones realizadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Carpeta 3, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL S.A hoy SKANDIA S.A., AFP COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN SA., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por CARLOS EDGARDO CASTRO MERCADO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. **TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, en favor de cada una de las accionadas. **CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto no se aplica de manera automática y en el caso particular, aun cuando las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento del deber de información, lo cierto es que el demandante tenía cierto conocimiento de las características del RAIS, y contaba con los elementos necesarios para tomar una decisión informada y libre sobre la escogencia de régimen pensional, decisión que ratificó con su permanencia en el RAIS durante más de 20 años. Concluyó que en este proceso no resulta procedente declarar la ineficacia porque la demandante conocía las consecuencias de su actuar.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se declare la ineficacia del traslado de régimen. Para sustentar el recurso aduce que las AFP demandadas no demostraron haber cumplido con la obligación de brindar la información debida al actor al momento del traslado de régimen, en los términos que exige la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Señala que contrario a lo definido por el juez de primera instancia, lo manifestado por el actor, en manera alguna prueba que se hubiere recibido información clara, completa y detallada respecto de los efectos, ventajas, desventajas, consecuencias del traslado y por ello, por falta de cumplimiento del deber legal de información por parte de las AFP, es procedente aplicar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y declarar la ineficacia del traslado de régimen.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la declaratoria de ineficacia o nulidad que se solicita en la demanda.

La apoderada de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente declarar la ineficacia del traslado, pues el demandante conocía las consecuencias de dicho acto.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 16 de enero de 1962 (Pdf. 1, fl. 79); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 3 de octubre de 1989 y el 31 de enero de 1996, por un total de 320.86 semanas (fl. 83, Pdf. 1); ***iii)*** que el 26 de febrero de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS (fl 79 Carpeta 4, pdf 1.); ***iv)*** que el 16 de junio de 1998,

se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 79, Carpeta 4, Pdf. 1); ***v)*** que el 8 de abril de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 79, Carpeta 4, Pdf. 1); ***vi)*** que el 4 de julio de 2002, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (Fl. 4, carpeta 5 y fl. 79 Carpeta 4, Pdf. 1); ***vii)*** que el 15 de abril de 2003, se trasladó a PORVENIR (fl. 79, Carpeta 4, Pdf. 1); ***viii)*** que el 28 de julio de 2005, se trasladó a la AFP SKANDIA (fl. 79, Carpeta 4, Pdf. 1); ***ix)*** que el 30 de agosto de 2007, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN (Fl. 79, Carpeta 4, Pdf. 1); ***x)*** que el 21 de julio de 2009, se trasladó a la AFP SKANDIA (fl. 79, carpeta 4, Pdf. 1) ***xi)*** que el 12 de marzo de 2010, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 79, Carpeta 4, Pdf. 1); ***xii)*** que el 14 de junio de 2011, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 100, Carpeta 7, Pdf. 1); ***xiii)*** que el 14 de agosto de 2019 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (Pdf. 1, fl. 151).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró su criterio y definió de manera clara que desde la creación del Sistema General de Pensiones, las AFP han tenido la obligación de brindar información calificada a sus afiliados. Para este efecto la Corte, señaló cual ha sido la evolución de este deber por parte de las administradoras y lo expuso de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS EDGARDO CASTRO MERCADO se trasladó a la AFP COLFONDOS 26 de febrero de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el demandante en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 10:58), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, llegaron varios asesores al lugar donde trabajaba, quienes le informaron que el ISS se iba acabar y debían pasarse a un fondo privado para garantizar el derecho pensional, que además le dijeron que las condiciones pensionales mejorarían, pero no le dieron mayor información sobre los pormenores o implicaciones reales de la decisión que estaba tomando.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por el representante legal de COLFONDOS en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 50:23), pues las preguntas realizadas estuvieron enfocadas a la existencia del formulario de afiliación y nada se indagó sobre el cumplimiento al deber de información.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano

de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues contrario a lo que concluyó el juez de primera instancia, no se deduce de lo manifestado por el demandante en el interrogatorio, que la AFP COLFONDOS hubiere brindado información al demandante en los términos que define la jurisprudencia, ni que el actor contara con los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión informada sobre el traslado de régimen. Se declarará entonces la ineficacia del traslado del demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser debidamente indexados, así se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se declarará que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el señor CARLOS EDGARDO CASTRO MERCADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS y consecuentemente los traslados posteriores a las AFP SKANDIA S.A., AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., AFP SANTANDER hoy PROTECCION S.A., y AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a las AFP SKANDIA S.A, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Salvamento de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS EDGARDO CASTRO MERCADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2020 00117 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de revocar la decisión de primera instancia que negó la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39-2018-00393-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **ECOPETROL S.A.** contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró el derecho del demandante a la pensión de jubilación desde el 29 de diciembre de 1999 en cuantía de $5.991.391 y 14 mesadas anuales con los respectivos ajustes anuales, declaró parcialmente la excepción de prescripción y condenó al pago del retroactivo indexado causado desde el 16 de noviembre de 2014 y hasta la inclusión en nómina, autorizó los descuentos de salud y condenó en costas (archivo "*11AudienciaArticulo80CPTSS20200922Parte2*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 6 a 24 archivo "*01ExpedienteFisicoFL1a16*").**

BENJAMÍN LUCIO ÁLVAREZ solicitó declarar que **ECOPETROL S.A.** no liquidó su pensión de jubilación con la incidencia salarial del 80% de los viáticos pagados en el último año de servicios por $7.329.286, en consecuencia, reliquidar su pensión desde el 29 de

diciembre de 1999, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **ECOPETROL S.A.** el 1° de febrero de 1974, laborando 25 años, 8 meses y 22 días; que mediante oficio PEN-3011 del 05 de octubre de 1999, se reconoció su pensión de jubilación, desde el 29 de diciembre de 1999, cuya liquidación se efectuó considerando ***i)*** certificado de ganancias, ***ii)*** promedio último año, ***iii)*** 75% del promedio y ***iv)*** 5% adicionales por trabajar luego de 20 años.

Aseguró que evidencio que **ECOPETROL S.A.** no incluyó el 80% del factor con incidencia salarial de los viáticos, por ello, con comunicaciones del 14 de noviembre de 2017 y 28 de enero de 2018, presentó reclamación administrativa de reliquidación pensional, pues el artículo 130 CST consagra que los viáticos permanentes son salario en la parte destinada a la manutención y alojamiento del trabajador, reclamaciones que rechazó la demandada alegando que los viáticos no tuvieron la connotación de ser permanentes, pasando por alto que el demandante viajaba para cumplir su cargo como Gerente del Área Caribe, con base en Santa Marta, además que debía participar en los Comités Mensuales con el Vicepresidente de Transporte realizados en Bogotá D.C., siendo todos los viáticos autorizados, legalizados y verificados y que en su último año de servicios ascendieron a $9.161.607 por un total de 62 días causados entre el 28 de diciembre de 1998 y el 29 de diciembre de 1999 y que el Manual de Viáticos de **ECOPETROL S.A.** asigna incidencia salarial al 80% de lo devengado como viáticos, equivalentes a $7.329.286, por lo cual el certificado de gananciales considerado en la liquidación de la pensión por $77.881.623 en realidad asciende a $85.210.909.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 85 a 94 archivo "*03ExpedienteFisicoFl55a169*").**

ECOPETROL S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la modalidad contractual de vinculación, tiempo

laborado y reconocimiento de la pensión de jubilación y que negó las reclamaciones del demandante. Indicó que en el último año de servicios no hubo viáticos permanentes con incidencia salarial, ya que solo hubo comisiones de servicio para viajes ocasionales, extraordinarias y no habituales, optando el trabajador por usar "*cuentas de gastos*" y no propiamente viáticos, tal y como quedó plasmado en los documentos que aceptó y firmó el demandante, quien confiesa que solo tuvo 62 días de comisiones de viaje en su último año, lo cual se explica porque el desempeño ordinario de su cargo no requería de viajes, además se acogió al Acuerdo 01 de 1977 que fijó el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de dirección y confianza, el cual reguló el tema de los viáticos íntegramente conforme el artículo 130 CST, el cual no reconoce como salario a los viáticos accidentales. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivo "11AudienciaArticulo80CPTSS20200922Parte2").

El 22 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve (39) profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que* ***BENJAMÍN LUCIO ÁLVAREZ*** *tiene derecho a la pensión de jubilación, a partir del 29 de diciembre de 1999, en cuantía de $5.991.391, por 14 mensualidades, con los reajustes anuales correspondientes.* ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA*** *parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a* ***ECOPETROL*** *a pagar a* ***BENJAMÍN LUCIO ÁLVAREZ*** *el retroactivo de las diferencias pensionales causado entre el 16 de noviembre de 2014, por prescripción parcial, y hasta la fecha en que se incluya en nómina la presente reliquidación pensional, tomando como diferencia para el año de 2014 la suma de $1.465.686,72, lo cual arroja un retroactivo para el 30 de septiembre de 2020 a favor del demandante por valor de $141.578.789,85.* ***CUARTO: CONDENAR*** *a* ***ECOPETROL*** *a pagar a* ***BENJAMÍN LUCIO ÁLVAREZ*** *la indexación de las diferencias pensionales adeudadas desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha en que se incluya en nómina el presente reconocimiento pensional, reconocidos en el numeral anterior, teniéndose en cuenta la prescripción parcial.* ***QUINTO: AUTORIZAR*** *a* ***ECOPETROL*** *a realizar los respectivos descuentos de salud sobre las diferencias pensionales reconocidas.* ***SEXTO:***

CONDENAR *en* ***COSTAS*** *a la parte demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de $4.000.000 como agencias en derecho.* ***SÉPTIMO: CONSÚLTESE*** *la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a* ***ECOPETROL****. (...)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el demandante devengó viáticos en su último año de servicios, de ser así, determinar si son salario y procede la reliquidación judicial.

Para resolver indicó que las pruebas acreditan que el demandante devengó viáticos y que la H. CSJ ha determinado que las mismas son salario cuando son permanentes y sufragan la manutención y alimentación del trabajador, señalando que se debe valorar su habitualidad y periodicidad, que la labor implique el desplazamiento habitual o permanente fuera de la sede de trabajo, por órdenes del empleador así sea porque encomienda actividades no relacionadas con las labores propias del cargo, concluyendo que en el caso concreto el demandante, como gerente, recibió la orden de su empleador de desplazarse en su último año de servicios un total de 62 días, para cumplir órdenes o tareas asignadas, viajando en 11 meses y en ocasiones más de dos oportunidades al mes, siendo lo usual varios días de desplazamiento, sin que **ECOPETROL S.A.** aportada el documento VIP 235 de 1998 que regulaba las viáticos ni que el Acuerdo 01 de 1977 prohíbe los viáticos, por lo cual son salario. Accedió a la reliquidación considerando que el último año los viáticos fueron de $9.161.607 y que la demandada aceptó que el 80% era el factor salarial, equivalente a $7.1329.285, por ende, el promedio devengado en el último año fue $7.100.909 y el 75% es $5.325.681, a lo cual se suma un 12,5% equivalente a $665.710 por servicio superior a 20 años, siendo el valor de la mesada $5.991.391. Declaró la prescripción de las mesadas anteriores al 16 de noviembre de 2014, ordenó pagar el retroactivo y condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **ECOPETROL S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que las pruebas acreditan que el cargo del demandante no implicaba

desplazamientos permanentes, por lo cual si bien reconoce que hubo viajes en el último año de servicios, los viáticos recibidos no son salario, ya que fueron por comisiones para reuniones, por eso de 360 días solo viajó 62 días y que la H. CSJ ha determinado que son los criterios funcionales cualitativos y cuantitativos, los que permiten determinar cuando la naturaleza del cargo exigen un desplazamiento permanente, lo cual no ocurre en el caso bajo estudio porque el cargo del demandante no le exigía viajes para cumplir su labor[1] (31:37 archivo "*11AudienciaArticulo80CPTSS20200922Parte2*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante solicitó confirmar la sentencia, por cuanto se cumplen las condiciones exigidas normativamente para que los viáticos sean considerados salario. Por su parte, el apoderado de la demandada solicitó acceder a la apelación,

[1] Gracias señora Juez. Respetuosamente manifiesto al Despacho que interpongo el recurso de apelación contra la sentencia proferida contra mi representada en todos y cada uno de los temas por los cuales fue condenada. Sustento mi recurso de apelación en lo siguiente, está probado a través de los documentos que obran en el expediente, ordenes de viaje y cartas y normas que ahí se citan, que el cargo que ocupó el señor BENJAMÍN LUCIO en el último año de servicios no requería para poderlo ejecutar el desplazamiento, necesario, de manera permanente, que solo eventualmente, ocasionalmente era citado a reuniones y que por esa razón durante 360 días que tiene el año solamente viajó durante 62 días. Para mí, respetuosamente señora Juez, ese es un elemento fundamental que no lo ha enseñado la H. Corte Suprema de Justicia en reiteradas jurisprudencias, entre ellas la 15568 del 27 de julio de 2001 y la 18891 del 27 de septiembre de 2002 y así podríamos citar infinidad de providencias de la Corte en las cuales se precisa como interpretar, como darle alcance al artículo 130 CST, subrogado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990. Dentro de esos criterios, como lo expresé en el alegato final, están los criterios funcionales, cualitativos y cuantitativos, evidentemente desde el punto de vista de las funciones que debía cumplir el demandante no está la de tener que desplazarse, hay cargos que por su naturaleza implican que la persona deba desplazarse, por ejemplo, dado que el señor trabajaba en un oleoducto es evidente que alguien que cumpla funciones de mantenimiento, un recorredor de las líneas tiene que necesariamente viajar para poder cumplir su función, pero hay cargos de carácter administrativo que no requieren ese desplazamiento de manera permanente y solo eventualmente implican viajar, como es el caso. Nadie desconoce que el señor LUCIO periódicamente, eventualmente, viajaba, pero no con un carácter permanente, entonces dado que no se cumplen con esos elementos dados por la jurisprudencia de ser funcionales, cuantitativos y cualitativos, la naturaleza del cargo no podía generar viáticos permanentes. En eso me aparto radicalmente del fallo proferido, porque obran en el expediente pruebas, como la misma declaración de parte del actor, como el testimonio, como los documentos aportados, que no están indicando de manera clara que esos viajes no tenían el carácter permanente, si se efectuaron viajes y no lo puede negar nadie, hay buena fe en esto y desde el primer momento se ha aceptado que el señor ocasionalmente viajaba, asistía a reuniones y de pronto a capacitaciones, pero no con un carácter permanente porque su cargo no lo exigía, ese es el punto clave, este es un proceso que se limita a darle alcance a entender bien el alcance del artículo 130 CST subrogado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, infortunadamente es una norma que permite verla de diferentes ángulos, pero la jurisprudencia ha venido precisando cuales son los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar que si se trata de una actividad de carácter permanente que deba cumplir la persona para poder ejercer la persona y cuando no tiene ese carácter permanente. Por esa razón me aparto de esta decisión y solicito que se revoquen todas y cada una de las condenas proferidas hoy. De esa forma dejó sustentada mi apelación y espero ampliarla en el Tribunal Superior de Bogotá cuando llegue la oportunidad procesal. Muchas gracias señora Juez.

indicando que el Acuerdo 01 de 1977 establece disposiciones sobre viáticos y que la jurisprudencia de la H. CSJ ha fijado que el artículo 130 CST permite considerar viáticos como salario por el criterio funcional, cualitativo y cuantitativo, los cuales no se cumplen en el caso bajo estudio.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la parte correspondiente de los viáticos devengados por el demandante en el último año de servicio son constitutivos de salario y, en consecuencia, si le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandada **ECOPETROL S.A.** suscribió contrato de trabajo con el demandante **BENJAMÍN LUCIO ÁLVAREZ**, relación vigente por 25 años, 8 meses y 22 días hasta el 29 de diciembre de 1999 (pág. 151 a 154 archivo "*03ExpedienteFisicoFl55a169*"); ***ii)*** mediante oficio PEN-0406 del 07 de febrero de 2000 la demandada comunicó la liquidación de la pensión de jubilación reconocida con oficio PEN-3011 del 05 de octubre de 1999 conforme el Acuerdo 1° de 1977, en cuantía inicial de $5.320.350 a partir del 29 de diciembre de 1999 (pág. 150 archivo "*03ExpedienteFisicoFl55a169*").

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró que el demandante tiene derecho a una pensión de jubilación desde el 29 de diciembre de 1999

por $5.991.391, en 14 mesadas anuales con los ajustes anuales, declaró parcialmente la prescripción y ordenó pagar el retroactivo indexado desde el 16 de noviembre de 2014 y hasta la inclusión en nómina, autorizó los descuentos de salud y condenó en costas.

El apoderado de la demandada **ECOPETROL S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que se acreditó que el cargo del trabajador no implicaba desplazamientos permanentes y la H. CSJ ha fijado criterios funcionales, cualitativos y cuantitativos para determinar cuándo un cargo exige desplazamientos permanentes con viáticos que son salario, los cuales no se cumplen en el caso.

- **Condiciones de los viáticos para ser salario.**

El artículo 130 CST establece que los viáticos permanentes son salario en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamientos, pero no en la que tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o gastos de representación, debiendo especificarse el valor de cada uno de esos conceptos, advirtiendo que los viáticos no constituyen salario en ningún caso, cuando se den con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.

Respecto el alcance de la precitada norma, la H. CSJ en la sentencia SL Rad. 25.403 del 20 de octubre de 2005, concluyó que los viáticos son estipendios recibidos por el trabajador por el desempeño temporal de sus funciones en un sitio diferente a habitual o que es la base ordinaria de trabajo, siendo posible definir que son permanentes considerando la frecuencia con que se causan y que las funciones desarrolladas no correspondan a un requerimiento extraordinario.

Por su parte, en la sentencia SL562 de 2013, la H. CSJ reiteró su regla jurisprudencial de que el artículo 130 CST no define los viáticos permanentes, pero sí estableció que los accidentales se generan por un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente, lo cual permite inferir, vía exclusión, que son permanentes

los que se originan por un requerimiento del empleador, ordinario y habitual, para que el trabajador se desplace de su sede de trabajo a otras diferentes.

En la misma providencia, la Sala concluyó que para que los viáticos sean salario deben cumplir las siguientes condiciones: ***i)*** que sean habituales, otorgados de manera ordinaria o regular porque el trabajador frecuentemente se desplaza de su domicilio contractual a otros lugares; ***ii)*** que los desplazamientos sean por orden del empleador, quien le impone al trabajador el desarrollo temporal de sus funciones en sedes diferentes a la usual de sus servicios; ***iii)*** que las actividades encargadas al trabajador se relacionen con las funciones propias del cargo del cual es titular, o de otras actividades que le encomienda su empleador, aclarando la H. CSJ que desde la sentencia SL Rad 15.568 del 27 de julio de 2001 que es restrictivo considerar que solo cuando los viajes del empleado son inherentes a su servicio ordinario los viáticos son permanentes, porque es posible que el empleador le asigne otras tareas por un periodo tan significativo que los viáticos sean habituales y frecuentes; ***iv)*** que los viáticos busquen cubrir gastos de manutención y alojamiento, debiendo el empleador el monto que cubre tales gastos y diferenciarlos de los que corresponden a otros ítems, como el transporte.

En la sentencia SL3828 de 2021 la H. CSJ aclaro que la mera periodicidad no es suficiente para definir que un viático es salario, por cuanto debe acreditarse no solo la periodicidad regular y en una cantidad apreciable los desplazamientos, sino también la naturaleza de la actividad ejecutada por el trabajador fuera de su sede habitual de trabajo, la cual debe enmarcarse en el ámbito de su contrato de trabajo, por tratarse de un requerimiento ordinario, habitual o frecuente de desplazamiento fuera, que sea contrapuesto a una orden extraordinaria no habitual o poco frecuente.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que no hay discusión entre las partes de la

relación laboral que existió entre ellas por 25 años, 8 meses y 22 días y que desde el 29 de diciembre de 1999 **ECOPETROL S.A.** reconoció a **BENJAMÍN LUCIO ÁLVAREZ** pensión de jubilación (pág. 150 a 154 archivo "*03ExpedienteFisicoFl55a169*").

A su vez, el demandante allegó expedido por **ECOPETROL S.A.** el 13 de abril de 2000, en el cual se desde el 13 de enero 1997 el demandante ejerció como Gerente del Área Caribe en Santa Marta (pág. 6 archivo "*02ExpedienteFisicoFL17a54*").

También allegó copia de la carta que el 27 de octubre de 1999 envió al Vicepresidente de Transporte de **ECOPETROL S.A.**, en la cual le indicó que desde el 1° de noviembre de 1996 ocupa el cargo de Gerente Caribe de la Vicepresidencia de Transporte y que para el normal desarrollo de sus funciones necesita un frecuente desplazamiento entre la capital del país y la sede de su gerencia en Santa Marta y entre esta y los centros operativos e instalaciones que integran la gerencia, solicitando reconocer la incidencia salarial de los pagos recibidos por alojamiento y alimentación en los gastos de viaje realizados para el cumplimiento de sus funciones (pág. 28 archivo "*01ExpedienteFisicoFL1a16*").

A su vez, ambas partes acreditaron que el demandante suscribió las siguientes legalizaciones de comisiones de viaje (pág. 12 a 40 "*02ExpedienteFisicoFL17a54*" y 125 a 143 archivo "*03ExpedienteFisicoFl55a169*"):

#	Documento	Desde	Hasta	Días	Observaciones
1	Legalización comisiones viaje	07/01/1999	08/01/1999	2	Viaje Santa Marta-Montería-Coveñas-Santa Marta
2	Legalización comisiones viaje	18/01/1999	19/01/1999	2	Viaje Santa Marta-Montería-Coveñas-Santa Marta
3	Legalización comisiones viaje	26/01/1999	29/01/1999	4	Viaje Santa Marta-Bogotá-Santa Marta
4	Legalización comisiones viaje	09/02/1999	12/02/1999	4	Viaje Santa Marta-Barranquilla-Bogotá-Santa Marta
5	Legalización comisiones viaje	02/03/1999	05/03/1999	4	Viaje Santa Marta-Bogotá-Santa Marta
6	Legalización comisiones viaje	15/03/1999	16/03/1999	2	Viaje Santa Marta-Montería-Retiro-Ayacucho-Santa Marta
7	Legalización comisiones viaje	23/03/1999	26/03/1999	4	Viaje Santa Marta-Barranquilla-Bogotá-Santa Marta
8	Legalización comisiones viaje	14/04/1999	16/04/1999	3	Viaje Santa Marta-Barranquilla-Bogotá-Santa Marta
9	Legalización comisiones viaje	06/05/1999	08/05/1999	3	Viaje Santa Marta-Bogotá-Santa Marta

10	Legalización comisiones viaje	03/06/1999	05/06/1999	3	Viaje Santa Marta-Montería-Coveñas-Montería-Retiro-Santa Marta
11	Legalización comisiones viaje	09/06/1999	12/06/1999	4	Viaje Santa Marta-Bogotá-Santa Marta
12	Legalización comisiones viaje	22/06/1999	25/06/1999	4	Viaje Santa Marta-Bogotá-Santa Marta
13	Legalización comisiones viaje	06/07/1999	08/07/1999	3	Viaje Santa Marta-Bogotá-Santa Marta
14	Legalización comisiones viaje	24/09/1999	24/09/1999	1	Viaje Santa Marta-Ayacucho-Coveñas-Santa Marta
15	Legalización comisiones viaje	07/10/1999	07/10/1999	1	Viaje Santa Marta-Baranoa-Santa Marta
16	Legalización comisiones viaje	10/10/1999	12/10/1999	3	Viaje Santa Marta-Bogotá-Santa Marta
17	Legalización comisiones viaje	26/10/1999	30/10/1999	5	Viaje Santa Marta-Barranquilla-Bogotá-Santa Marta
18	Legalización comisiones viaje	09/11/1999	11/11/1999	3	Viaje Santa Marta-Barranquilla-Bogotá-Santa Marta
19	Legalización comisiones viaje	22/11/1999	23/11/1999	2	Viaje Santa Marta-Montería-Coveñas-Santa Marta
20	Legalización comisiones viaje	30/11/1999	01/12/1999	2	Viaje Santa Marta-Barranquilla-Bogotá-Santa Marta
21	Legalización comisiones viaje	09/12/1999	11/12/1999	3	Viaje Santa Marta-Coveñas-Montería-Retiro-Ayacucho-Bucaramanga-Santa Marta
				62	

La demandada **ECOPETROL S.A.** reconoció los 62 días de comisión de viajes en el último año de servicios al contestar la demanda, así mismo, alegó en su recurso de apelación que las comisiones de viaje fueron ocasionales porque eran solo para atender reuniones, ya que la gerencia del Área Caribe tiene sede en Santa Marta, siendo que las estaciones de bombeo y oleoducto son operadas por personal diferente al demandante, a la vez que el trabajador estaba sometida al régimen del Acuerdo 1° de 1977.

Revisado el Acuerdo 1° de 1977, aplicable al personal directivo, técnico y de confianza como lo fue el demandante (gerente), el cual aportó la demandada, no prohibió que los destinatarios que se adhieren a dicho régimen no puedan devengar viáticos con naturaleza salarial, aspecto que en todo caso está regulado en el artículo 130 CST, norma de derecho público de imperioso cumplimiento.

Por su parte, en el caso bajo estudio, la Sala concuerda con la decisión del *a quo* de que los viáticos devengados por el demandante no fueron motivo de un requerimiento extraordinario, poco habitual o poco frecuente, porque no se puede definir como extraordinaria la situación del demandante, quien en su último año de servicios no fue requerido por su empleador a realizar 1 o 2 comisiones por viajes, sino un total de 62 días, advirtiendo que en la mayoría de dichos requerimientos fueron por más de un día.

Considerando lo anterior y aplicando la regla jurisprudencial de la H. CSJ, según la cual son salario los viáticos permanentes destinados a la manutención o alojamiento del trabajador cuando el empleador requiere que cumpla sus funciones o le encarga actividades por fuera de su base habitual de trabajo, que en el caso del demandante lo fue durante 11 meses del último año de servicios y por 62 días, la Sala no accede a las suplicas del recurso de apelación.

Ahora bien, el apelante indicó que las respuestas dadas por **ECOPETROL S.A.** a los reclamos del demandante sustentan los motivos por los cuales los viáticos no son salario, advierte esta Sala que en las mismas la empresa reitera que el cargo de gerente que desarrolló el demandante no implican el requerimiento de desplazamientos habituales o frecuentes para ejercer el cargo (pág. 5 a 6 y 122 a 124 archivo "*03ExpedienteFisicoFl55a169*"), sin embargo, omitió aportar el sustento de las afirmaciones contenidas en dichas respuesta, por cuanto revisado el expediente advierte esta Sala que no allegó el documento VIP 235 de 1998 ni descripción del cargo o que las ordenes por las cuales el demandante estuvo 62 días prestando su servicio por fuera de su lugar habitual de servicio, deficiencia probatoria que impide acceder a su suplica de considerar que dichas comisiones de servicios no eran permanentes.

Como quiera que aspectos como la forma en que se imputó el 80% del valor de los viáticos como salario para efectos de reliquidar la pensión de jubilación no fue objeto del recurso de apelación, conforme el principio de consonancia del artículo 66A CPTSS la Sala de abstiene de realizar pronunciamiento alguno al respecto.

Por todas las anteriores consideraciones, se confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39 2019 00588 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS ENRIQUE POSADA RAMOS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 15 de octubre de 1962; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 19 de marzo de 1991 hasta el 28 de febrero de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 412 semanas; que el 20 de febrero de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 28 de marzo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial del actor a dicha entidad y las cotizaciones realizadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (Carpeta 6, Pdf. 2).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación del actor a dicho, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por

ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Carpeta 4, Pdf. 2).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 31 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que el traslado que hizo el señor CARLOS ENRIQUE POSADA RAMOS del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de abril de 1999 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con prestación definida y sin solución de continuidad. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **QUINTO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PORVENIR S.A. **SEXTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como*

agencias en derecho la suma de $1.890.000. ***SÉPTIMO: ORDENAR*** *la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen del actor, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación. Señala, que en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de lesión o perjuicio alguno al demandante lo que torna improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Agrega, que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, pues frente a estos valores operó la excepción de prescripción y porque estos descuentos se encuentran debidamente autorizados por la ley.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que

el traslado del actor obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues no se acreditó dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria, pues fue informado en el año 2014 que podía retornar al RPM y contaba con los elementos de juicio necesarios sobre las implicaciones de su permanencia en el RAIS y por ello no resulta procedente declarar la ineficacia, en cuanto el actor si recibió información sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos y si procede la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 15 de octubre de 1962 (fl. 16, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 19 de marzo de 1991 y el 28 de febrero de 1999, por un total de 412 semanas (fl 16, Pdf. 1); ***iii)*** que el 28 de febrero de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 25, Pdf. 1); ***iv)*** que el 28 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 30, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS ENRIQUE POSADA RAMOS se trasladó a la AFP PORVENIR el 20 de febrero de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 16, audio min. 20:15), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Pontificia Universidad Javeriana, que allí se reunió con un asesor de PORVENIR por aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor. Agregó, que posteriormente en el año 2019, se acercó a las oficinas de PORVENIR donde le dieron información sobre su condición pensional y le dijeron que en ese momento ya no podía regresar al RPM porque tenía una restricción por la edad.

Tampoco se deduce nada al efecto, del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de PORVENIR (carpeta 16, audio, min. 09:18), pues al efecto solo manifestó que no estuvo presente en el momento en que se realizó la diligencia de traslado del actor y que no existe prueba documental de la información que recibió porque para ese momento no existía obligación legal de documentar tal actuación.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Para resolver el argumento de apelación de COLPENSIONES, referido a que en el año 2014 el actor fue citado por la AFP PORVENIR para recibir asesoría sobre el traslado de régimen, antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, lo cierto es que si bien se aportó comunicación de fecha 25 de marzo de 2014, dirigida al actor (carpeta 4, subcarpeta 3, Pdf. 2), dicho documento no tiene constancia de haber sido entregado al demandante y éste negó haber recibido tal documento en el interrogatorio de parte.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS ENRIQUE POSADA RAMOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00588 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de revocar la decisión de primera instancia que negó la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 00-2021-00530-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, así como el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. EN INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LIQUIDAR** contra la sentencia S2019-001467 del 28 de octubre de 2019, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, que accedió parcialmente a las pretensiones y condenó al pago de $27.648.417 (fl. 199 a 206).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 7).**

LILIANA MARÍA ECHEVARRÍA RÍOS solicitó condenar a **CRUZ BLANCA E.P.S. - EN INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LIQUIDAR** al pago de $32.066.374, por concepto de cirugía de histerectomía abdominal ampliada.

Como fundamento fáctico indicó que padeció masa abdominal hipogástrica ubicada a 2 centímetros por debajo de la región umbilical e indurada, un útero aumentado de tamaño, pétreo y bastante

doloroso, patología de carácter canceroso. Aseguró que la **DEMANDADA** ordenó en varias oportunidades la extirpación total de su útero (histerectomía abdominal ampliada), procedimiento que no se realizó por inconvenientes administrativos de la EPS con sus proveedores y contratistas. Informó que al momento de su diagnostico tenía 47 años, estaba afiliada al SG-SSS en el régimen subsidiado y pertenecía a SISBEN II, siendo obligada a realizar la cirugía por su cuenta por el actuar indolente de la EPS, por $32.066.374.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (cd fl. 244).**

CRUZ BLANCA E.P.S. - EN INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LIQUIDAR se opuso a las pretensiones. Indicó que la demandante es afiliada del régimen subsidiado del SG-SSS, a través de la EPS demandada, quien fue atendida como paciente particular en la CLÍNICA LAS AMÉRICAS del 16 al 19 de diciembre de 2016, por lo cual nunca se hizo referencia de la tecnología en salud a la EPS, por lo cual no se le puede endilgar negligencia ya que la EPS le asignó laparotomía en la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul con fecha de ordenamiento del 29 de noviembre de 2016, 17 días antes de que la demandante acudiera por su cuenta a cirugía sin informar a la EPS, por tanto, no se cumplen los requisitos del reembolso del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1999. Interpuso las excepciones de inexistencia de vulneración de derechos, conducta legítima y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 199 a 206, 241).

La sentencia S2019-001467 del 28 de octubre de 2019, aclarada por Auto A2020-00356 del 13 de febrero de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, tiene el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE*** *a la pretensión formulada por la señora Liliana María Echavarría Ríos, identificada con cédula de ciudadanía número 43.539.129, en contra de CRUZ BLANCA EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACIÓN, reconocer y pagar a favor de la señora Liliana María*

Echavarría Ríos, identificada con cédula de ciudadanía número 43.359.129, la suma de veintisiete millones seiscientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos ($27.648.417,00), conforme las reglas establecidas en el Decreto 663 de 1999 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y el Decreto 2555 de 2010. ***TERCERO: ADVERTIR*** *que la presente sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL – CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 30, numeral 1, del Decreto 2462 de 2013.* ***CUARTO: NOTIFICAR*** *la presente sentencia por el medio más expedito, a la señora Liliana María Echavarría Ríos, identificada con cédula de ciudadanía número 43.539.129, a la carrera 69 No. 99-48B/ Castilla-medellín, al apoderado, doctor Carlos Arturo Arango Triana, al correo electrónico asesorlaboralca@gmail.com y al DEMANDADO, en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.* ***PARÁGRAFO 1:*** *Para efectos procesales la notificación se considerará surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega de la presente sentencia, que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado.* ***PARÁGRAFO 2:*** *Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia se publicará en la página web de la entidad. (...)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si procede el reembolso de los gastos de la atención médica en una IPS que no hace parte de la red de la EPS demandada.

Para resolver indicó que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece el derecho al reembolso cuando hay negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS, a su vez, que las personas con sospecha o diagnostico de cáncer tienen una protección constitucional reforzada, por lo cual se refuerza el principio de integralidad que implica el derecho a recibir todos los servicios generales para restablecer su salud y sobrellevar la enfermedad, sin dilaciones injustificadas conforme lo prescrito por el médico tratante, tal y como se indicó en la sentencia T-607 de 2016 y T-387 de 2018, mientras que la Ley 1384 de 2010, reconoció al cáncer como enfermedad de intereses en salud pública y de intereses nacional, acreditándose que

desde 2015 la demandante asistió a consulta por dolor pélvico crónico que aumentó de intensidad y desde noviembre de 2016 se indicó que la paciente requería valoración urgente por cirugía oncológica y se ordenó como plan de tratamiento laparotomía exploratoria, siendo realizada la cirugía el 16 de diciembre de 2016, de lo cual concluyó que la EPS dilató desde 2013 la atención por sospecha de cáncer y desde 2015 conoció el cuadro de dolor, enfermedad que no daba espera ante el alto riesgo de muerte de la demandante, quien se vio en la necesidad de acudir como paciente particular para tratar con prioridad su enfermedad, por lo cual accedió a las pretensiones salvo la compra de medicamentos, los cuales carecen de formula médica.

III. RECURSO DE APELACIÓN (fl. 213 a 215).

La demandada **CRUZ BLANCA E.P.S. - EN INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LIQUIDAR** solicitó revocar el fallo. Indicó que la demandante no informó su calidad de afiliada de la EPS y decidió realizar la cirugía por su cuenta el 16 de diciembre de 2016 y si no se brindó la inmediatez necesaria contaba con medidas judiciales, sin que la EPS hubiera negado nunca el servicio, ya que simplemente no fue informada del mismo, por lo cual nunca hubo barrera administrativa por parte de la demandada, incurriendo en mala fe y temeridad la demandante al solicitar un reembolso sin fundamento jurídico.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante al reembolso de los gastos derivados de la cirugía del 16 de diciembre de 2016 y

procedimientos conexos, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VI. CONSIDERACIONES

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones y condenó al pago de $27.648.417.

La apoderada de la demandada **CRUZ BLANCA E.P.S. - EN INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LIQUIDAR** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Señaló que la demandante no informó su calidad de afiliada de la EPS y realizó la cirugía por su cuenta, por lo cual la EPS nunca negó el servicio ni hubo barrera administrativa ya que ni siquiera fue informada de la cirugía, solicitando la demandante un reembolso sin fundamento jurídico.

- **Sobre el reembolso de gastos por servicios de salud.**

Los artículos 48 y 49 constitucionales consagran la obligación de la Nación de garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos propósitos, el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo.

Por su parte, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, creó tanto el Régimen Contributivo como el Régimen Subsidiado de Salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber: Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (PBS), financiado con la Unidad de Pago por Capitación (UPC), conforme lo dispuesto en el

literal c) del artículo 156; numeral 1° artículo 159 y el artículo 162 ibídem. Así mismo, la ley dispuso la creación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), siendo responsables las primeras de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y garantizar la prestación del PBS a través de la red de IPS contratada para atender su población afiliada (artículos 177, 178, 179, 181, 183, 185 ibídem).

La responsabilidad de la EPS se limita, en principio, a garantizar que la red de IPS contratadas preste el PBS en los términos señalados en los artículos 177, 179 y 182 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, Plan que se actualiza periódicamente por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento del Parágrafo 2° del artículo 162 *ibídem* y atendiendo las facultades otorgadas en el Decreto 2562 de 2012.

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994 establece los casos en los cuales la Entidades Promotoras de Salud, están obligadas a reembolsar al afiliado los gastos que asumió por su cuenta por: ***i)*** atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, ***ii)*** cuando recibe autorización expresa de la EPS, ***iii)*** ante la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. Esta disposición fue elevada a rango legal a través del literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, pues dentro de las controversias que en forma excepcional puede dirimir con facultades jurisdiccionales la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentran las relativas a al reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los casos previstos por la Resolución No. 5261 de 1994.

Atendiendo los antecedentes normativos antes expuestos, en el caso bajo estudio se observa que la demandante, por causa de un liposarcoma mixoide le fue practicada cirugía por laparoscopia el 05

de septiembre de 2013 (fl. 44 y 45), posteriormente, desde 2015, asistió a consultas por dolor pélvico crónico que aumentó de intensidad; el 13 de septiembre de 2016 se describió dolor pélvico incapacitante (fl. 57), siendo que para el 04 de noviembre de 2016 se realizó procedimiento diagnostico que concluyó miomatosis uterina severa (fl. 64) y el 08 de noviembre de 2016 se solicitó valoración urgente de ginecobstetricia (fl. 66) y dos días después se ordenó citología (fl. 75) y colonoscopia arrojó compresión extrínseca en recto por posible recurrencia de mixoma peritoneal (fl. 81), ya el 12 de noviembre de 2016 se ordenó TAC abdomino pélvico y valoración por posible sarcoma uterino por parte de ginecología (fl. 87 a 88), TAC que se efectuó el 14 de noviembre de 2016 que describió masa pélvica de etiología por definir (fl. 94) y en atención de urgencia de ese mismo día en la CLÍNICA MEDELLÍN se determinó diagnostico de liposarcoma de cavidad abdominal (fl. 97).

Finalmente, **el 21 de noviembre de 2016 la EPS autorizó laparotomía exploratoria** conforme orden medica del 18 de noviembre de 2016 (fl. 111 y 112), el **28 de noviembre de 2016** el grupo de cirujanos de la institución determinó que no contaban con la complejidad requerida por la paciente y ordenaron valoración urgente por cirugía oncológica y cirugía vascular (fl. 113 y 114); el 29 de noviembre de 2016 se determinó que ginecología oncológica no generaba ningún beneficio a la paciente y se requirió valoración por cirugía oncológica (fl. 116 a 121), siendo **aprobadas las ordenes de laparotomía aprobadas el 29 de noviembre de 2016** (fl. 123).

A partir del 30 de noviembre de 2016, la historia clínica de la demandante acredita que accedió a servicios de salud como particular (fl. 125 a 166).

Conforme los elementos de pruebas allegados, observa la Sala que se el 21 de noviembre de 2016 la **DEMANDADA** autorizó por primera vez la realización de laparotomía exploratoria, sin embargo, su red de IPS el 28 de noviembre de 2016 concluyó su falta de complejidad para atender el paciente y requirieron valoración urgente, siendo

posteriormente emitida una segunda autorización de servicios quirúrgicos el 29 de noviembre de 2016, sin que la EPS acredite haber realizado alguna gestión de esa segunda orden, máxime cuando el prestador asignado a la demandante ya había manifestado carecer de la idoneidad suficiente para atender el servicio quirúrgico ordenado.

Así las cosas, la Sala acoge la posición de la *a quo* y el informe técnico de la Superintendencia Nacional de Salud del 01 de octubre de 2019 (fl 198), relativo a la falta de oportunidad y continuidad de la demandada **CRUZ BLANCA E.P.S. - EN INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LIQUIDAR** en asegurar el servicio de salud requerido por la accionante.

Ahora bien, considerando las descripciones efectuadas en los estudios diagnósticos, historias clínicas e informe técnico, advierte la Sala que la afectación de salud de la accionante era grave, al tratarse de un cáncer confirmado definido como un miomatosis severo gigante, a la vez que se describe los antecedentes de la paciente de 3 intervenciones quirúrgicas con anterioridad a 2016 que permitían inferir recaída en el cáncer tratado quirúrgicamente en 2013, a la vez que la descripción del estado del paciente y la cantidad de asistencia a servicios de salud en un corto periodo de tiempo acreditan que su estado de salud había sido severamente afectado y que sufría no solo dolor incapacitante sino la imposibilidad de marcha, obstrucción de recto y desplazamiento de órganos internos por la masa cancerígena, siendo notoria la necesidad de una intervención quirúrgica urgente **tal y como la propia red de prestadores de la EPS lo indicó varias veces**.

De otra parte, no observa la Sala que la **DEMANDADA** hubiera cumplido los términos legales consagrados en los artículos 123 y 124 del Decreto Ley 019 de 2012, reglamentados mediante la Resolución 1552 de 2013, relativos a que la EPS tiene máximo de 3 y 5 días hábiles desde la solicitud para asignar cita general o por medicina especializada, por cuanto desde el 29 de noviembre de 2016 se autorizó

cirugía por segunda vez, pero ni siquiera se acredita la fecha tentativa que señaló para realizar tal procedimiento.

Resueltos todos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación y por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 00-2021-01469-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, así como el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.** contra la sentencia S2019-001534 del 20 de noviembre de 2019, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, que accedió parcialmente a las pretensiones y condenó al pago de $12.508.514 (fl. 74 a 77).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 1 a 3).**

BALVY ESPINOSA DE LEMUS solicitó condenar a **EPS SANITAS S.A.S.** al pago de $15.584.514, por concepto de cirugía de manguito rotador más terapias.

Como fundamento fáctico indicó que es afiliada de dicha EPS; que desde finales de 2016, sintió dolor intenso en su hombro derecho, recibió atención médica sin mejoría y el 29 de noviembre de 2016 se le diagnosticó ruptura lineal en la zona critica. Aseguró que solicitó al ortopedista de la EPS realizar cirugía porque no había tenido mejoría

con el tratamiento brindado, contestando el médico que por ser de la tercera edad no se hacía dicha clase de cirugía, por ello, en su desesperación y ante la desmejora de su salud día a día, acudió a valoración particular y se le indicó que su lesión en el manguito rotador no iba a mejorar sin cirugía. El 02 de marzo de 2017, radicó derecho de petición solicitando autorización para cirugía, sin recibir respuesta dentro del término de Ley, por lo cual siguió la recomendación del médico particular (la cual había informado a la EPS en PQR 17-028802); y el 24 de marzo de 2017, se sometió a cirugía. Informó que el 03 de abril de 2017, una funcionaria de la EPS llamó a su hija indicándole que podía agendar cita con ortopedista para valoración, a lo cual se le contestó que ya habían esperado el tiempo legal de respuesta de la petición y como no hubo respuesta se realizó la cirugía. El 19 de abril de 2017, radicó solicitud de devolución de los gastos de cirugía, a lo cual por oficio DSM-EPS-0715-17 del 12 de junio de 2017 se le requirió entregar documentos, los cuales fueron entregados el 11 de julio de 2017 y finalmente el oficio DSM-EPS-0858-17 del 31 de julio de 2017 la EPS negó el reembolso.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (cd fl. 46).**

La **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.** se opuso a las pretensiones y en caso de condena indicar que la EPS puede recobrar el pago a la ADRES. Indicó que el reembolso de gastos asumidos por el usuario se consagró en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, norma que no aplica al caso porque no se trato de una atención inicial de urgencias; además, el 14 de febrero de 2017, la demandante tuvo atención de salud, donde el médico ortopedista indicó que iba a seguir el tratamiento y no que se iba a abstener de realizar la cirugía, tras lo cual la paciente se sometió a un tratamiento en la FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ desde el 15 de febrero de 2017 al 27 de junio de 2017, meses en los cuales el ortopedista de dicha Fundación no solicitó autorización de cirugía a la EPS, advirtiendo que desde el 14 de febrero de 2017, no se hizo solicitud de consulta de ortopedista de la EPS, por ende, la demandante y su grupo familiar decidieron financiar directamente los costos de la cirugía y

terapias, sin que sea procedente usar los recursos del SG-SSS con los cuales se cubren la salud de población pobre y vulnerable en servicios que no han sido prescritos por los médicos de la red de la EPS.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 74 a 77).

La sentencia S2019-001534 del 20 de noviembre de 2019, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, tiene el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE*** *a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Balvy Espinosa de Lemus, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.048.111 de Bogotá, en contra de la Entidad Promotora de Salud SANITAS EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a SANITAS EPS, reconocer y pagar a favor de la señora Balvy Espinosa de Lemus, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.048.111 de Bogotá, la suma de doce millones quinientos ocho mil quinientos catorce pesos ($12.508.514,00) M/CTE, en el termino de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.* ***TERCERO: ADVERTIR*** *que la presente sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL – CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y el articulo 30, numeral 1, del Decreto 2462 de 2013.* ***CUARTO: NOTIFICAR*** *la presente sentencia a la señora Balvy Espinosa de Lemus, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.048.111 de Bogotá, al e-mail mesle09@hotmail.com y al DEMANDADO, en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.* ***PARÁGRAFO 1:*** *Para efectos procesales la notificación se considerará surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega de la presente sentencia, que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado.* ***PARÁGRAFO 2:*** *Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia se publicará en la página web de la entidad. (...)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si la demandante tiene derecho a que la EPS le reembolse los gastos por cirugía más terapias.

Para resolver indicó que conforme el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, indica que procede el derecho al reembolso cuando hay negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS; y que el galeno adscrito a la Superintendencia, concluyó que no existió oportunidad en la realización de un procedimiento de por si ya incluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y quien recibió múltiples tratamiento previos a la cirugía sin mejoría de su cuadro clínico, presentando la demandante derecho de petición reclamando autorización para cirugía, el cual no se contestó dentro del término legal, por ende, ante las dilaciones injustificadas en el manejo médico accedió a las pretensiones, salvo el reembolso de terapias porque se allegó factura pero no la prueba del pago de la misma.

III. RECURSO DE APELACIÓN (fl. 83 a 85).

La demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.** solicitó revocar el fallo, absolver de las pretensiones, condenar en costas a la demandante, de forma subsidiaria señalar que puede recobrar al ADRES o condenar al pago de tarifas SOAT. Indicó que el informe técnico del galeno no fue puesto en conocimiento de la EPS, vulnerando el derecho de contradicción y defensa y el traslado de las pruebas de oficio conforme el artículo 170 CGP, de otra parte, aseguró que cumplió su deber de asegurar los servicios de salud autorizados por las IPS adscritas a la EPS y no procede el reembolso de servicios no autorizados por el personal adscrito conforme el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, norma que a su vez indica que el reembolso se paga con las tarifas SOAT o del sector público, además, desde el 14 de febrero de 2017, la demandante no solicitó más consultas a los ortopedistas adscritos, por lo cual asumió el costo de la cirugía.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la

Ley 1949 de 2019, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

En cuanto el reproche de **EPS SANITAS S.A.S.** relativo a que no se le puso en conocimiento el informe técnico del 22 de octubre de 2019 (fl. 73), advierte la Sala que el mismo no se decretó como prueba de oficio, por cuanto corresponde al análisis del caso que la propia Superintendencia Nacional de Salud y no un tercero, realiza del caso como insumo para proferir sentencia.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante al reembolso de los gastos derivados de la cirugía del 24 de marzo de 2017, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VI. CONSIDERACIONES

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones y condenó al pago de $12.508.514.

El apoderado de la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo, absolver de las pretensiones, condenar en costas a la demandante, de forma subsidiaria señalar que puede recobrar al ADRES o condenar al pago de tarifas SOAT. Señaló que el informe técnico del galeno no fue puesto en conocimiento de la EPS, que cumplió su deber de asegurar los servicios de salud autorizados por su red de IPS y que no procede el reembolso de servicios no autorizados por su personal adscrito conforme el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, norma que indica que el reembolso se paga con las tarifas SOAT o del sector público, siendo que la demandante asumió el costo de la cirugía.

- **Sobre el reembolso de gastos por servicios de salud.**

Los artículos 48 y 49 constitucionales consagran la obligación de la Nación de garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos propósitos, el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo.

Por su parte, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, creó tanto el Régimen Contributivo como el Régimen Subsidiado de Salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber: Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (PBS), financiado con la Unidad de Pago por Capitación (UPC), conforme lo dispuesto en el literal c) del artículo 156; numeral 1° artículo 159 y el artículo 162 ibídem. Así mismo, la ley dispuso la creación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), siendo responsables las primeras de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y garantizar la prestación del PBS a través de la red de IPS contratada para atender su población afiliada (artículos 177, 178, 179, 181, 183, 185 ibídem).

La responsabilidad de la EPS se limita, en principio, a garantizar que la red de IPS contratadas preste el PBS en los términos señalados en los artículos 177, 179 y 182 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, Plan que se actualiza periódicamente por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento del Parágrafo 2° del artículo 162 *ibídem* y atendiendo las facultades otorgadas en el Decreto 2562 de 2012.

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994 establece los casos en los cuales la Entidades Promotoras de Salud,

están obligadas a reembolsar al afiliado los gastos que asumió por su cuenta por: ***i)*** atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, ***ii)*** cuando recibe autorización expresa de la EPS, ***iii)*** ante la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. Esta disposición fue elevada a rango legal a través del literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, pues dentro de las controversias que en forma excepcional puede dirimir con facultades jurisdiccionales la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentran las relativas a al reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los casos previstos por la Resolución No. 5261 de 1994.

Atendiendo los antecedentes normativos antes expuestos, en el caso bajo estudio llama la atención de la Sala que **BALVY ESPINOSA DE LEMUS** aportó copia de historia clínica, en el cual que mediante procedimiento diagnostico del 29 de noviembre de 2016, autorizado por **EPS SANITAS S.A.S.**, se determinó que sufre tendinopatía del supraespinoso con ruptura lineal de zona critica, tendinopatía del infraespinoso con ruptura parcial en la inserción que se extiende a la zona critica, tendinopatía leve del subescapultar y bursitis (fl. 5).

Posteriormente, el 14 de diciembre de 2016 se efectuó control por ortopedia y traumatología a la demandante, siéndole diagnosticado síndrome de manguito rotatorio derecho, en la cual se hizo anotación expresa de que el manejo con terapia física **no genero mejoría clínica alguna**, tras lo cual se ordenó medicamentos (naproxeno), aplicación de bolsas tibias, terapia física integral e inyección/infiltración con esteroide, a la vez que se programó interconsulta a ortopedia y traumatología, llamando la atención que se indicó que el **estado de la enfermedad era controlado** a pesar de que se indicó que no había mejoría clínica (fl. 6 a 11).

Así mismo, la demandante allegó copia de historia clínica expedida por el doctor Jaime Pedraza Yepes, quien el 15 de febrero de 2021, esto es, al día siguiente de la valoración que hizo el profesional de ortopedia y traumatología adscrito a la **DEMANDADA**, describió el estado de salud de la promotora del litigio, en la cual describió que su dolor en hombro derecho tenía 3 meses de evolución y generó limitación funcional, con limitación para abducción, imposibilidad de elevación o rotaciones, además que la imagen diagnostica (que ya conocía la EPS) indicaba ruptura completa de supraespinoso y parcial de infraespinoso, recomendado tratamiento quirúrgico (fl. 18 y 19).

Observa la Sala que la demandante no procedió inmediatamente a realizar cirugía por su cuenta, por cuanto el 02 de marzo de 2017 presentó derecho de petición a la **DEMANDADA**, en la cual les informó: ***i)*** ausencia de mejoría médica, ***ii)*** dolor insoportable incapacitante de sus actividades cotidianas en un 90%, ***iii)*** autorización para realizar cirugía, ante el concepto del ortopedista particular que recomendó el procedimiento quirúrgico (fl. 4).

Radicada la petición, los 15 días hábiles para dar respuesta finalizaron el 24 de marzo de 2017, conforme el artículo 14 CPACA, sin que la **DEMANDADA** emitiera respuesta, así mismo, conforme los artículos 123 y 124 del Decreto Ley 019 de 2012, reglamentados mediante la Resolución 1552 de 2013, la EPS omitió el término máximo de 3 y 5 días hábiles desde la solicitud para asignar cita general o por medicina especializada.

Así las cosas, solo hasta el 03 de abril de 2017, esto es, seis (6) días hábiles después de finalizado el plazo legal para contestar el derecho de petición y 16 días hábiles después de vencido el plazo para asignar cita por medicina especializada, **EPS SANITAS SAS** contestó que iba a signar cita con profesional adscrito a la EPS.

En consecuencia, comparte esta Sala la conclusión de la *a quo* de que la EPS demandada fue negligente en el cumplimiento de su

deber de aseguramiento, por cuanto a pesar de conocer las imágenes diagnosticas que determinaban dos rupturas en el hombro, conocer que no había mejoría clínica y recibir petición escrita de autorización de cirugía, no desplegó ninguna actuación, **en el término legal**, para garantizarla prestación del servicio a su afiliada hoy demandante.

De otra parte, la Sala rechaza de plano la solicitud de **EPS SANITAS S.A.S.** de que la sumas que debe reembolsar a la demandante puedan ser recobradas a la ADRES, por cuanto el anexo 2 de la Resolución 6408 de 2016, que fijó los procedimientos en salud con cargo a la UPC para el año 2017, en el cual se realizó la cirugía, establece que la reparación de manguito rotador **esta cubierta**, por lo cual la Sala advierte a la EPS que debe abstenerse de solicitar recobros a la ADRES abiertamente improcedentes, por cuanto podría inclusive incurrir en intento de fraude a los recursos públicos del SG-SSS.

En cuanto la solicitud de la apelante que la condena de reembolso se realice a las tarifas establecidas para el sector público (tarifas SOAT) conforme el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, observa la Sala que, conforme el Decreto 2423 de 1996 "Manual Tarifario SOAT", el presente recobro incluye no solo el procedimiento quirúrgico sino también los medicamentos, insumos, enfermería, derecho de equipos y derecho de sala generados con ocasión de la cirugía practicada el 24 de marzo de 2017 (fl. 50 a 52), así como los honorarios del personal médico (fl. 31), los cuales fueron debidamente individualizados, señalado su valor unitario y valor total según ítems usados, motivo por el cual, acreditado que la demandante realizó dicho pago en las condiciones acreditadas documentalmente, mal haría esta Sala en ordenar el reembolso en un valor inferior al cancelado, circunstancia que podría incentivar que las EPS no garantice su obligación de aseguramiento al concluir que en caso de reembolso deben cancelar un valor inferior al pagado por sus usuarios.

Resueltos todos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación y por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada salvamento parcial de voto

LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

PROCESO SUMARIO

ACCIONANTE: BALVY ESPINOSA DE LEMUS
ACCIONADOS: SANITAS EPS J- 2017 -2490
RADICACIÓN 11001 22 05 000 2021 01469 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión de no aplicar el Manual Tarifario SOAT.

La Resolución 5261 de 1994 regula en el artículo 14[1] los eventos en que procede el reconocimiento de reembolsos por parte de las Entidades Promotoras de Salud, y que "Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público", de tal manera que al confirmarse la obligación de la EPS demandada de reconocer los gastos realizados por la actora, si la impugnación se refiere a la aplicación del texto normativo en mención, se debió revisar el mismo para determinar si procedía o no modificar el valor a que fue condenada la demandada.

Lo anterior por cuanto se considera que la aseveración de que ordenar el reembolso en un valor inferior al cancelado "podría incentivar que las EPS no garanticen su obligación de aseguramiento al concluir que en caso de reembolso deben cancelar

[1] *RESOLUCIÓN 5261 DE 1994. ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. <Ver Notas del Editor> Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.*

un valor inferior al pagado por sus usuarios" no es razón para negar la revisión de las tarifas aplicadas porque es la norma la que señala las tarifas que se deben aplicar en estos eventos.

En el presente caso no se duda que la actora haya realizado el pago, sino que la discusión se debía centrar en el valor que esta obligada de manera legal la EPS a reembolsar, porque el tema de los reembolsos se encuentra regulado de manera plena en la norma, ya que indica los eventos en que procede y las tarifas que se deben aplicar, norma que se aplica de manera igual a todas las EPS.

Es de recordar que las "tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público" se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas SOAT, derivados del Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996 que determina la nomenclatura y clasificación de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios del Manual Tarifario y además fija las tarifas en salarios mínimos legales diarios vigentes para Laboratorio Clínico, exámenes, procedimientos de laboratorio e insumos.

Por lo que se considera que se debió revisar la condena de la primera instancia versus las tarifas SOAT para determinar si procedía o no la modificación de la sentencia de primera instancia sin afectar el principio de la *non reformatio in pejus*.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 02 2019 00211 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ODILIA MARGARITA BORJA CUADROS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que

se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 14 de mayo de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de octubre de 1978 y el 12 de octubre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 616.29 semanas; que el 12 de octubre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 27 de agosto de 2002, lo hizo a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; luego el 1° de noviembre de 2004, a la AFP COLFONDOS. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite para regresar a dicho régimen; que el 8 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (Fls. 68 a 84, Pdf.1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (Fls. 146 a 168, Pdf.1).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Se allanó a las pretensiones de la demanda (Fl. 110, Pdf.1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la señora ODILIA MARGARITA BORJA CUADROS identificada con cédula de ciudadanía No. 51.642.649, al Régimen de Ahorro Individual, realizada el 12 de octubre de 1994 a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ODILIA MARGARITA BORJA CUADROS identificada con cédula de ciudadanía No. 51.642.649, cómo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.*

TERCERO: ORDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 01 de octubre de 1978, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro, de la señora ODILIA MARGARITA BORJA CUADROS identificada con cédula de ciudadanía No. 51.642.649, en el Régimen de Prima Media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.* ***CUARTO: DECLARAR*** *NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.* ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la parte accionada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.* ***SEXTO*** *Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria, en cuanto así lo manifestó al suscribir el formulario de afiliación. Dice además, que la demandante se encuentra incursa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y su regreso en este momento

implica una afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la ineficacia de traslado declarada.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 14 de mayo de 1962 (fl. 16, Pdf.1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de enero de 1978 y el 12 de octubre de 1994, por un total de 616.29, semanas (fl. 85, Pdf.1); ***iii)*** que el 12 de octubre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS (fl. 307, Pdf. 1); ***iv)*** que el 27 de agosto de 2002, lo realizó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 171, Pdf.1); ***v)*** que el 1° de noviembre de 2004, se trasladó a la AFP COLFONDOS (Fl. 370, Pdf.1) ***vi.)*** que el 8 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 28 y 30, Pdf.1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora **ODILIA MARGARITA BORJA CUADROS** se trasladó a la AFP COLFONDOS el 12 de octubre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Audio 2, min 34:02), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de CITI COLFONDOS, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta. Señaló que en general no se le dio información detallada sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información

objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los

gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter

declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ODILIA MARGARITA BORJA CUADROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00211 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 02 2019 00478 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuesto por las apoderadas de PROTECCION y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ROSALBA TORRES BELTRAN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 2 de marzo de 1964; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 18 de junio de 1986 y el 4 de mayo de 1989, y cotizó a dicha entidad un total de 121.43 semanas; que el 3 de diciembre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 17 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público (Pdf. 04).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación de la actora a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de

causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Pdf. 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora ROSALBA TORRES BELTRAN identificada con Cedula de Ciudadanía No. 51.711.811 a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE La presente acta es de carácter informativo, las partes han de estarse al contenido del medio virtual de la grabación de la audiencia. PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A, el 03 de diciembre de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO CONDENAR** a PROTECCION S.A.., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ROSALBA TORRES BELTRAN identificada con cedula de ciudadanía No. 51.711.811, como 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, sin lugar a descuento alguno **TERCERO ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a*

aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 18 de junio de 1986, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante ROSALBA TORRES BELTRAN identificada con Cedula de Ciudadanía No. 51.711.811, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. ***CUARTO DECLARAR*** *NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.* ***QUINTO CONDENAR*** *EN COSTAS a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes.* ***SEXTO*** *Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCION** interpuso recurso de apelación en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de

afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para el efecto.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente no se acreditó que la actora hubiere sufrido algún tipo de engaño por parte del fondo para efectuar el traslado de régimen pensional. Señala, que la única razón que aduce la demandante para su regreso al RPM, es el valor de la mesada pensional y ello no constituye o configura un engaño o vicio del consentimiento, agrega que la actora se encuentra incursa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y disponer la ineficacia en esas condiciones atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones y solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia para declarar la ineficacia de traslado de régimen.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 2 de marzo de 1964 (fl. 31, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 18 de junio de 1986 y el 01 de enero de 1996, por un total de 121.43 semanas (fl. 41, Pdf. 1); ***iii)*** que el 3 de diciembre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION (fl. 52, Pdf. 1); ***iv)*** que el 17 de junio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 32, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271,

señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ROSALBA TORRES BELTRAN se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION el 3 de diciembre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio min. 22:56), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en el Hospital Simón Bolívar, como enfermera en la unidad de urgencias, que los reunieron en un salón con asesores de DAVIVIR durante aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano

de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y

dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROSALBA TORRES BELTRAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00478 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07 2017 00497 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderado de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2021, por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, se ordenó a la AFP PROTECCION S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora; y condenó a las sociedades DEPOLIBROS LTDA en liquidación y al señor JAIRO JESÚS ALBARRACÍN BLANCO a efectuar el pago del cálculo actuarial correspondiente por la omisión en el pago de cotizaciones a pensión. Así mismo, se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NORMA CONSTANZA PEÑALOZA VARON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Solicita además que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 4 de abril de 1952, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 23 de marzo 1972 y el 31 de octubre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 640.57 semanas; que el 15 de octubre de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; que para el momento del traslado laboraba para la sociedad MEDICA ASSISTIR, donde se produjo una afiliación masiva de trabajadores a la AFP COLMENA sin que mediera voluntad en la inscripción de tal acto; que la AFP demandada no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias jurídicas, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que el 19 de julio de 2012 solicitó al ISS realizar seguimiento a las empresas que le adeudan aportes, que el 13 de agosto de 2014, declaró ante la Notaría 7 del Circulo de Bogotá, que las empresas LIMERCA Y DEPORLIBROS no hicieron los correspondientes aportes, que el 5 de octubre de 2015, COLPENSIONES le informó que no es posible acogerse al proceso de recuperación de semanas por los periodos laborados y no cotizados por el empleador LIMERCA LTDA; que solicitó al ISS hoy COLPENSIONES su regreso al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROCTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento y prescripción (fls. 196 a 214, Pdf.1).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación inicial a dicha entidad y las solicitudes presentadas. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia del causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago de I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno y carencia de causa para demandar (fls. 129 a 148, Pdf.1).

Mediante auto del 25 de junio de 2019, el juzgado dispuso vincular en calidad de litisconsorcio necesario a LIDERES EN MERCADEOEDITORIAL LTDA – LIMERCA EDITORIAL LTDA. EN LIQUIDACIÓN y a JAIRO DE JESUS ALBARRCIN BLANCO (Fl. 318, Pdf.1).

DEPORLIBROS LTDA EN LIQUIDACIÓN, LÍDERES EN MERCADEO EDITORIAL LTDA - LIMERCA EDITORIAL LTDA. EN LIQUIDACIÓN y JAIRO JESÚS ALBARRACIN BLANCO se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Como excepciones propuso la genérica (Pdf. 4).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora; y condenó a las sociedades DEPOLIBROS LTDA en liquidación y al señor JAIRO JESÚS ALBARRACÍN BLANCO a efectuar el pago del cálculo actuarial correspondiente por la omisión en el pago de cotizaciones a pensión. Así mismo, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora NORMA CONSTANZA PEÑALOSA VARON con la AFP COLMENA hoy PROTECCION el 13 de octubre de 1994 contenida en formulario No. 59542. **SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCION S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora NORMA CONSTANZA PEÑALOSA VARON dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO:** Igualmente, PROTECCION debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS. **QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, de la cual es beneficiaria la señora NORMA CONSTANZA PEÑALOSA VARON. La pensión deberá ser reconocida a partir de que la señora demandante acredite la*

desafiliación del sistema y a la devolución de todos los saldos a COLPENSIONES. ***SEXTO: CONDENAR*** *a las sociedades DEPORLIBROS LTDA. EN LIQUIDACIÓN, y el señor JAIRO DE JESÚS ALBARRACÍN BLANCO, a efectuar el pago de los periodos 10/01/1987 a 08/04/1989, 114.54 semanas y a la sociedad LÍDERES EN MERCADEO EDITORIAL LIMITADA –LIMERCA LTDA., a efectuar el pago de los periodos 10/04/1989 a 29/12/1993 a favor de la demandante, para un total de 242.95 con destino a COLPENSIONES, quien deberá emitir el respectivo cálculo actuarial para que las empresas efectúen el pago, tomado como IBC el SMLMV.* ***SÈPTIMO:*** *Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCION S.A.* ***OCTAVO:*** *Se condena en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. No hay lugar a condena en costas a COLPENSIONES.* ***NOVENO:*** *Los valores correspondientes a agencias en derecho por estar representada por abogado de oficio, corresponden a dicho abogado. Respecto al Curador Ad –Litem, los gastos de curaduría se tasan en $400.000, los cuales deben ser pagados a prorrata por COLPENSIONES y PROTECCIÓN.* ***DECIMO****: De no ser apelada la sentencia, se ordena la remisión del expediente para ante el H. Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral, a fin que se efectúe el grado jurisdiccional de consulta y se revise la legalidad de esta sentencia".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, la AFP COLEMENA, que paso a ser ING y hoy PROTECCION, no brindó la información necesaria a la demandante para que tomara una decisión coherente con su situación pensional. Señaló, que tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, la información que deben suministrar las administradoras del RAIS debe ser clara, suficiente y transparente. Definió que en el caso concreto la AFP demandada no acreditó haber

dado cumplimiento a este deber legal y por ello el acto de traslado de la demandante es ineficaz.

Así mismo, señaló que LIDERES DE MERCADO MINERCA y JAIRO DE JESUS ALBARRACIN BLANCO, deben responder por el pago de los aportes a pensión dejados de realizar a la demandante y al efecto COLPENSIONES debe realizar el cálculo actuarial correspondiente.

Finalmente, concluyó que la demandante reúne los requisitos para la pensión de vejez bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición y por ello condenó a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la prestación a partir del momento en que la demandante acredite el retiro del sistema y un vez sean transferidos los recursos a COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia en razón a que la demandante se encuentra dentro de la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión y por ello no resulta proceso su regreso al RPM. Por otro lado, sostiene que en el expediente no existe prueba alguna que demuestre vicio en el consentimiento alguno, ya sea por error, fuerza o dolo. Alega que hay deberes en cabeza de la demandante y su silencio durante el tiempo de permanencia en el RAIS se entiende como una aceptación de las condiciones de dicho régimen. Agrega que la decisión emitida conlleva a una descapitalización del RPM en cuanto implica la asignación de partidas no previstas dentro del fondo común para el reconocimiento de la pensión de la demandante.

El apoderado de la demandada **PROTECCION** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. Para sustentarlo aduce que en el caso bajo estudio lo que ocurrió fue un traslado masivo por directriz de un empleador, como lo señaló la demandante en el interrogatorio de parte, asunto en el cual no tuvo incidencia el fondo. Señaló que durante el tiempo de permanencia en el RAIS, la demandante nunca manifestó oposición a las condiciones que le eran aplicables a su situación pensional y que asumió una actitud pasiva frente a su derecho teniendo en cuenta que nunca se acercó a obtener información ni a indagar las condiciones del régimen pensional al que pertenece.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PROTECCION presentó alegaciones, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCION, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos y en dado caso definir si es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 4 de abril de 1952 (fl. 77, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 23 de marzo 1972 y el 31 de octubre de 1994, por un total de 640.57 semanas (fl. 157, Pdf. 1); ***iii)*** que el 13 de octubre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (fl. 215, Pdf. 1); ***iv)*** que el 10 de septiembre de 2013 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 89, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró su criterio y definió de manera clara que desde la creación del Sistema General de Pensiones, las AFP han tenido la obligación de brindar información calificada a sus afiliados. Para este efecto la Corte, señaló cual ha sido la evolución de este deber por parte de las administradoras y lo expuso de la siguiente forma:

"(...)

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora NORMA CONSTANZA PEÑALOZA VARON se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 13 de octubre de 1994 (fl. 215), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1), pues al efecto manifestó que por una directriz de la empresa donde trabajaba les dijeron que debían afiliarse COLMENA, pero los asesores de dicha entidad no les brindaron información alguna sobre las implicaciones de la suscripción de formulario y lo que representaba trasladarse de régimen pensional.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCION S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas.

Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos

privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, la Sala para dar mayor claridad a la decisión adicionará el numeral segundo de la sentencia y dictara la condena como corresponde.

En lo que respecta al reconocimiento de la pensión a la demandante, la Sala revocará el numeral quinto de la sentencia que ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990, al concluir que es beneficiaria del régimen de transición, pues a juicio de la Sala en este momento, no es posible establecer el derecho de la demandante y menos si conservó el beneficio de la transición hasta el 31 de julio de 2010 o si causó la pensión antes del 31 de diciembre de 2014, por las razones que pasan a exponerse.

En efecto, si bien está acreditado que a la demandante inicialmente le sería aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a 1° de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad (fl. 77, Pdf. 1), no es posible determinar en este momento si bajo las condiciones definidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, conservó tal beneficio.

La historia laboral de la actora, prueba que para el 22 de julio de 2005, contaba con 740.14 semanas de cotización reconocidas (Fl. 157 y 287 a 289, Pdf. 1), que sumadas a las 21.45 semanas correspondientes a los periodos de mayo, agosto, septiembre, octubre y diciembre de 1995, acreditadas mediante las planillas de pago de aportes correspondientes (26, 30, 32, 34, 36, Pdf. 1), contaría con un total de 761.59 semanas, lo que implica que a NORMA CONSTANZA PEÑALOZA VARON se le podría extender el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014. No obstante lo anterior, de los documentos que obran dentro de este proceso, no hay prueba suficiente de que la demandante cuente con la densidad de semanas que define el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Si bien el juez de primera instancia, condenó a la sociedad LIDERES EN MERCADEO EDITORIAL - LIMERCA LTDA. al pago del cálculo actuarial correspondiente a los aportes a pensión por el periodo transcurrido entre el 10 de abril de 1989 y el 29 de diciembre de 1993 (242.95 semanas) y a JAIRO DE JESUS ALBARRACIN BLANCO al pago del cálculo por el periodo transcurrido entre el 10 de enero de 1987 y el 8 de abril de 1989, a juicio de la Sala dichos periodos no pueden ser incluidos en este momento para obtener el total de semanas cotizadas por la actora y definir el derecho pensional, pues para ello será necesario que COLPENSIONES realice la actualización correspondiente de la historia laboral para establecer de manera cierta el número de semanas, conforme lo establece el inciso 2° del Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES se revocará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante NORMA CONSTANZA PEAÑLOZA VARON del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora,

incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de dicha condena.

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

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NORMA CONSTANZA PEÑALOSA VARON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2017 00497 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07 2019 00771 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el día 24 de febrero de 2021 en el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada al pago de una indemnización sustitutiva.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GUILLERMO JUNCA BARRIOS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 9 de agosto de 1954; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 10 de marzo de

1975; que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio mediante Resolución N° 1965 del 11 de mayo de 2010, le reconoció una pensión de jubilación, prestación en la que no se tomaron los aportes realizados al ISS hoy COLPENSIONES; que el 23 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la indemnización sustitutiva; que mediante Resoluciones SUB 166825 del 27 de junio de 2019, SUB 207455 del 1° de agosto de 2019 y DPE 8291 del 22 de agosto de 2019, la demandada negó el reconocimiento de la prestación, con fundamento en que las cotizaciones realizadas a dicha entidad deben ser tenidas en cuenta para financiar la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos los aceptó en su totalidad. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, prescripción, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Pdf. 1, fls. 50 a 61).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de febrero de 2021, condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"***PRIMERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLEPNSIONES a pagar al señor GUILLERMO JUNCA BARRIOS*

la indemnización sustitutiva por los tiempos cotizados para entidades del sector privado al fondo COLPENSIONES por valor de $21.203.084,71, debidamente indexada, igualmente deben pagarse los intereses moratorios que se causen después de ejecutoriada esta sentencia. ***SEGUNDO:*** *El despacho declara NO probadas las excepciones propuestas.* ***TERCERO:*** *Se condena en costas a la demandada COLPENSIONES y las agencias en derecho se tasan en el 7% de la condena.* ***CUARTO:*** *Remitir en consulta."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la pensión que recibe el demandante por parte del Magisterio es compatible con la indemnización sustitutiva que se reclama y en dado caso definir si al demandante le asiste derecho al pago de dicha indemnización. Para resolverlo, indicó que la prestación que recibe el actor es compatible con la indemnización sustitutiva que se reclama en cuanto ésta está excluida del sistema general de pensiones por disposición de la Ley 100 de 1993, también dijo que el demandante cumple las condiciones previstas en la norma para acceder a la indemnización sustitutiva y por ello ordenó su pago. Además, definió procedente la condena al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin precisar que tipo de interés debe cancelar la entidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el demandante actualmente goza de una pensión de jubilación como docente del magisterio y que dicha prestación es incompatible con la indemnización sustitutiva que reclama, en cuanto configura una doble asignación del tesoro público prohibida en el artículo 128 de la Constitución. Señala que en virtud del principio de la solidaridad del sistema, los aportes realizados a COLPENSIONES deben tenerse en cuenta para la financiación de la prestación que actualmente recibe.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reclama el demandante es compatible con la pensión de jubilación que viene percibiendo, y en dado caso establecer si causó la indemnización y su cuantía.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 9 de agosto de 1954 (Pdf. 1, fl. 45); ***ii)*** que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES entre el 10 de marzo de 1975 y el 1° de diciembre de 1993, por un total de 727.57 semanas (Pdf. 1, fl. 39); ***iii)*** que mediante Resolución N° 1965 del 11 de mayo de 2010, el Fondo Nacional de Prestaciones del Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de

jubilación a partir del 10 de agosto de 2009, por la prestación de sus servicios como docente (Pdf. 1, fls. 42 a 44); ***iv)*** que mediante Resoluciones SUB 166825 del 27 de junio de 2019, SUB 207455 del 1° de agosto de 2019 y DPE 8291 del 22 de agosto de 2019, la entidad demandada negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva al demandante (Pdf. 1, fls. 13 a 20, 27 a 31 y 33 a 37).

- **Compatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y las pensiones reconocidas por el Magisterio.**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las "*prestaciones a cargo,* de dicho Fondo, *serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*". En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse[1], entre otras, en la sentencia de radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011.

En la providencia referida la Corte estableció que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar al Sistema de pensiones a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular, por el contrario, estos servidores son afiliados forzosos del régimen de prima

[1] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: " (...) *los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo*"

media con prestación definida por lo cual pueden causar y se deben pagar las pensiones que nacen de dichos aportes. Advirtió la Corte en dicha sentencia que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público, *"en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores"*[2]. Sobre la materia es particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales se advierte que los aportes efectuados por la demandante al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a entidades de carácter privado entre febrero de 1996 y diciembre de 2016 (Pdf. 2), por lo cual dichos tiempos no tuvieron incidencia en el reconocimiento de las asignaciones a cargo de CAJANAL y/o del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resuelto este aspecto de la controversia pasa la Sala definir si el demandante tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva que reclama.

- **Sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación.**

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los afiliados que una vez cumplida la edad de pensión no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas en la Ley para causar el derecho a la pensión de vejez, y declaren su imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al Sistema de Pensiones. Dice la norma, que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio

[2] Ídem.

ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece:

> *"Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula: I = SBC x SC x PPC. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento".*

En el caso bajo estudio el demandante causó el derecho al pago de la indemnización sustitutiva, en tanto cumplió la edad de 62 años el 9 de agosto de 2016 (Pdf. 1, fl. 45) y cotizó un total de 727.57 semanas al sistema de pensiones, densidad de cotizaciones que no es suficiente para causar el derecho a la pensión de vejez, pues perdió el beneficio de la transición por edad, en cuanto no tenía más de 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, solo tenía 727.57 semanas y tampoco cuenta con la densidad de semanas que exige la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Como la sentencia de primera instancia condenó al pago de la prestación, dicha decisión será confirmada.

Ahora bien, para la liquidación de la indemnización sustitutiva de la demandante la Sala tendrá en cuenta las 727.57 semanas de cotización certificadas por COLPENSIONES en la historia laboral

aportada al expediente (Pdf. 2, fls. 66 a 68) que contiene el expediente administrativo.

OPERACIONES

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1975	Marzo	20	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 422.515
1975	Abril	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1975	Mayo	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1975	Junio	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1975	Julio	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1975	Agosto	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1975	Septiembre	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1975	Octubre	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1975	Noviembre	30	$ 1.770	0,35	126,15	358,0638	$ 633.773	$ 633.773
1977	Febrero	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Marzo	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Abril	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Mayo	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Junio	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Julio	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Agosto	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Septiembre	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Octubre	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1977	Noviembre	30	$ 4.410	0,52	126,15	241,7536	$ 1.066.133	$ 1.066.133
1978	Febrero	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Marzo	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Abril	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Mayo	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Junio	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Julio	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Agosto	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Septiembre	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Octubre	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1978	Noviembre	30	$ 5.790	0,67	126,15	187,8258	$ 1.087.511	$ 1.087.511
1979	Febrero	30	$ 7.470	0,80	126,15	158,6047	$ 1.184.777	$ 1.184.777
1979	Marzo	30	$ 7.470	0,80	126,15	158,6047	$ 1.184.777	$ 1.184.777
1980	Febrero	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Marzo	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Abril	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Mayo	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Junio	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Julio	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Agosto	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Septiembre	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Octubre	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1980	Noviembre	30	$ 7.470	1,02	126,15	123,1411	$ 919.864	$ 919.864
1981	Febrero	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Marzo	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Abril	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Mayo	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Junio	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Julio	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Agosto	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Septiembre	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Octubre	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1981	Noviembre	30	$ 11.850	1,29	126,15	97,8441	$ 1.159.453	$ 1.159.453
1982	Febrero	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Marzo	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446

1982	Abril	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Mayo	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Junio	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Julio	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Agosto	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Septiembre	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Octubre	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1982	Noviembre	30	$ 17.790	1,63	126,15	77,3719	$ 1.376.446	$ 1.376.446
1983	Febrero	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Marzo	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Abril	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Mayo	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Junio	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Julio	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Agosto	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Septiembre	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Octubre	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1983	Noviembre	30	$ 25.530	2,02	126,15	62,3817	$ 1.592.604	$ 1.592.604
1984	Marzo	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Abril	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Mayo	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Junio	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Julio	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Agosto	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Septiembre	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Octubre	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1984	Noviembre	30	$ 39.310	2,36	126,15	53,4833	$ 2.102.428	$ 2.102.428
1985	Febrero	30	$ 39.248	2,79	126,15	45,2163	$ 1.774.650	$ 1.774.650
1985	Marzo	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Abril	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Mayo	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Junio	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Julio	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Agosto	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Septiembre	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Octubre	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1985	Noviembre	30	$ 41.040	2,79	126,15	45,2163	$ 1.855.678	$ 1.855.678
1986	Febrero	30	$ 36.512	3,42	126,15	36,9261	$ 1.348.245	$ 1.348.245
1986	Marzo	30	$ 54.602	3,42	126,15	36,9261	$ 2.016.238	$ 2.016.238
1986	Abril	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1986	Mayo	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1986	Junio	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1986	Julio	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1986	Agosto	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1986	Septiembre	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1986	Octubre	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1986	Noviembre	30	$ 66.662	3,42	126,15	36,9261	$ 2.461.566	$ 2.461.566
1987	Febrero	30	$ 69.427	4,13	126,15	30,5309	$ 2.119.670	$ 2.119.670
1987	Marzo	30	$ 73.542	4,13	126,15	30,5309	$ 2.245.304	$ 2.245.304
1987	Abril	30	$ 73.542	4,13	126,15	30,5309	$ 2.245.304	$ 2.245.304
1987	Mayo	30	$ 73.542	4,13	126,15	30,5309	$ 2.245.304	$ 2.245.304
1987	Junio	30	$ 73.542	4,13	126,15	30,5309	$ 2.245.304	$ 2.245.304
1987	Julio	30	$ 91.218	4,13	126,15	30,5309	$ 2.784.969	$ 2.784.969
1987	Agosto	30	$ 91.218	4,13	126,15	30,5309	$ 2.784.969	$ 2.784.969
1987	Septiembre	30	$ 73.542	4,13	126,15	30,5309	$ 2.245.304	$ 2.245.304
1987	Octubre	30	$ 91.218	4,13	126,15	30,5309	$ 2.784.969	$ 2.784.969
1987	Noviembre	30	$ 91.218	4,13	126,15	30,5309	$ 2.784.969	$ 2.784.969
1988	Marzo	30	$ 140.072	5,12	126,15	24,6174	$ 3.448.210	$ 3.448.210
1988	Abril	30	$ 143.847	5,12	126,15	24,6174	$ 3.541.140	$ 3.541.140
1988	Mayo	30	$ 143.847	5,12	126,15	24,6174	$ 3.541.140	$ 3.541.140
1988	Junio	30	$ 143.847	5,12	126,15	24,6174	$ 3.541.140	$ 3.541.140
1988	Julio	30	$ 121.860	5,12	126,15	24,6174	$ 2.999.877	$ 2.999.877
1988	Agosto	30	$ 121.860	5,12	126,15	24,6174	$ 2.999.877	$ 2.999.877
1988	Septiembre	30	$ 121.860	5,12	126,15	24,6174	$ 2.999.877	$ 2.999.877
1988	Octubre	30	$ 121.860	5,12	126,15	24,6174	$ 2.999.877	$ 2.999.877
1988	Noviembre	30	$ 121.860	5,12	126,15	24,6174	$ 2.999.877	$ 2.999.877

1989	Enero	30	$ 76.320	6,57	126,15	19,2137	$ 1.466.387	$ 1.466.387
1989	Febrero	30	$ 97.103	6,57	126,15	19,2137	$ 1.865.705	$ 1.865.705
1989	Marzo	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Abril	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Mayo	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Junio	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Julio	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Agosto	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Septiembre	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Octubre	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Noviembre	30	$ 153.030	6,57	126,15	19,2137	$ 2.940.268	$ 2.940.268
1989	Diciembre	30	$ 63.960	6,57	126,15	19,2137	$ 1.228.906	$ 1.228.906
1990	Enero	30	$ 61.936	8,28	126,15	15,2341	$ 943.538	$ 943.538
1990	Febrero	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Marzo	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Abril	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Mayo	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Junio	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Julio	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Agosto	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Septiembre	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Octubre	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Noviembre	30	$ 111.100	8,28	126,15	15,2341	$ 1.692.506	$ 1.692.506
1990	Diciembre	1	$ 3.700	8,28	126,15	15,2341	$ 56.366	$ 1.879
1991	Febrero	5	$ 22.715	10,96	126,15	11,5089	$ 261.425	$ 43.571
1991	Marzo	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Abril	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Mayo	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Junio	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Julio	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Agosto	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Septiembre	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Octubre	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Noviembre	30	$ 136.290	10,96	126,15	11,5089	$ 1.568.550	$ 1.568.550
1991	Diciembre	1	$ 4.543	10,96	126,15	11,5089	$ 52.285	$ 1.743
1992	Febrero	11	$ 60.566	13,90	126,15	9,0747	$ 549.620	$ 201.527
1992	Marzo	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Abril	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Mayo	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Junio	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Julio	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Agosto	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Septiembre	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Octubre	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Noviembre	30	$ 165.180	13,90	126,15	9,0747	$ 1.498.964	$ 1.498.964
1992	Diciembre	1	$ 5.506	13,90	126,15	9,0747	$ 49.965	$ 1.666
1993	Febrero	11	$ 79.123	17,40	126,15	7,2520	$ 573.802	$ 210.394
1993	Marzo	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Abril	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Mayo	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Junio	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Julio	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Agosto	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Septiembre	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Octubre	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Noviembre	30	$ 215.790	17,40	126,15	7,2520	$ 1.564.914	$ 1.564.914
1993	Diciembre	1	$ 7.193	17,40	126,15	7,2520	$ 52.164	$ 1.739

PROMEDIO PONDERADO PORCENTAJE DE COTIZACIÓN			
AÑO	SEMANAS COTIZADAS	% APORTES PENSIONALES	PROCENTAJE PONDERADO DE COTIZACIÓN
1975	46	4,50%	2,07
1977	46	4,50%	2,07
1978	43	4,50%	1,94
1979	9	4,50%	0,39
1980	43	4,50%	1,94
1982	43	4,50%	1,94
1983	43	4,50%	1,94
1984	43	4,50%	1,94
1985	43	4,83%	2,08
1986	43	6,50%	2,80
1987	43	6,50%	2,80
1988	43	6,50%	2,80
1989	51	6,50%	3,34
1990	51	6,50%	3,32
1991	51	6,50%	3,32
1992	43	6,50%	2,80
1993	43	6,50%	2,80
			6%

Indemnización sustitutiva = SBC x SC x PPC

SBC= $391.395

SC= 727

PPC = 6%

$391.395 X 727 X 6% = **$17.079.347**

De las anteriores operaciones se obtiene como valor de la indemnización sustitutiva que debe pagar la entidad demandada a la demandante debidamente indexada al momento en que efectúe el pago, la suma de $17.079.347, por ello y dado que este valor es inferior al que tasó el juez de primera instancia, se modificará en lo pertinente la decisión.

Así mismo, se revocará la sentencia en cuanto dispuso el pago de intereses moratorios, pues este estipendio está previsto para la mora en el pago de mesadas pensionales, como lo indica el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y no para la mora en el reconocimiento y pago de este tipo de prestaciones, por ello se dispondrá el pago indexado de la indemnización y para el efecto y dar mayor claridad

a la decisión se revocará el numeral primero de la sentencia y se dictará la condena como corresponde.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante GUILLERMO JUNCA BARRIOS, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la suma de $17.079.347, que deberá ser indexada al momento de pago, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: GUILLERMO JUNCA BARRIOS
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 007 2019 00771 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

De manera respetuosa se presenta salvamento de voto respecto de la decisión de la mayoría de la sala por las siguientes razones:

No es objeto discusión que el demandante se encuentra pensionado por parte del Fondo del Magisterio así como tampoco fue objeto disenso que cotizó un total de 727,57 semanas en COLPENSIONES.

Decantado lo anterior, lo *primero* que se debe precisar es que si bien los recursos para pensiones en el régimen de prima media se administran en un fondo común, es de anotar que ya la jurisprudencia de manera reiterada, ha señalado que dichos recursos no se sufragan del tesoro público y por lo tanto no hacen parte de dicho erario.

En *segundo* lugar y en relación con la pretensión solicitada por el demandante que es la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una prestación supletoria a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

los requisitos se refieren a i) que el afiliado acredite el cumplimiento de la edad mínima exigible para obtener el derecho, ii) que no haya cotizado en número de semanas exigidas y iii) que declare bajo juramento que le es imposible continuar cotizando.

En el caso que ocupa la atención, quedó establecido que la demandante cumple con la edad mínima exigible para obtener el derecho, porque cumplió la edad e 9 de agosto de 2016, y solicitó la indemnización sustitutiva, sin embargo, dado que se encuentra pensionado por el fondo del Magisterio se advierte la improcedencia de la pretensión.

Ello porque al ser la indemnización sustitutiva una prestación supletoria de la pensión de vejez y tener la pensión restringida de jubilación como objetivo cubrir la contingencia de vejez al punto que solo es exigible cuando se ha superado la edad exigida en la norma que la consagra, da lugar a colegir que no se cumplen los presupuestos de la norma para conceder la indemnización sustitutiva.

En conclusión, al gozar la demandante de una pensión que cubre el riesgo de vejez, como es la pensión de jubilación otorgada por su labor en el magisterio, no le es dable recibir otra prestación que aunque sustitutiva cubre el mismo riesgo.

Finalmente, debe recordarse que la Ley 549 de 1999 señaló que todos los tiempos deben ser utilizados para financiar la pensión y debe ser entregado el equivalente de las cotizaciones a quien reconoció la pensión.

De tal manera que al no cumplirse los requisitos señalados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 que es la aplicable al caso en concreto, había lugar a revocar la sentencia de primera instancia también en ese aspecto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08-2016-00596-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandante **CARLOS MOLINA PEDREROS** contra la sentencia proferida el 04 de marzo de 2020 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de todas las pretensiones y declaró probada la excepción de inexistencia de despido indirecto e improcedencia de despido injusto, sin condena en costas (fl. 181, 30:55 cd fl. 180).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 52 a 70).**

CARLOS MOLINA PEDREROS solicitó declarar que entre las partes existió un contrato, continuo y sin interrupciones a término indefinido del 24 de noviembre de 2003 al 06 de octubre de 2015; que el último salario fue $2.144.000; que del 22 de octubre de 2009 al 25 de febrero de 2014, manejó administrativamente la RED OUN a cambio de honorarios por valor de un salario mínimo legal mensual vigente por medio de un tercero, factor que es salario; que sufrió acoso laboral que lo llevó a renunciar por cambio de cargo, exigencias desproporcionadas y maltrato laboral y que no se pagaron sus derechos laborales conforme su real salario; en consecuencia,

condenar al pago del salario, reliquidación de prestaciones sociales, aportes y vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó por contrato de trabajo a término indefinido el 24 de noviembre de 2003, por un salario de $825.000 y el cargo de auxiliar contable hasta el 15 de mayo de 2007; luego, fue tesorero auxiliar hasta el 31 de marzo de 2008, tesorero del 14 de abril de 2008 al 21 de septiembre de 2009, asistente contable hasta el 25 de febrero de 2014 y asistente de talento humano hasta el 06 de octubre de 2015 y su último salario fue $2.144.000. Aseguró que del 22 de septiembre de 2009 al 25 de febrero de 2014, se le asignó el manejo administrativo de la RED OUN (organización de universidades del norte) y que HÉCTOR LEANDRO SÁENZ, director financiero de la demandada, en septiembre de 2009, le indicó que no podía aumentar el salario por razones presupuestales, pero le solicitó presentar una propuesta para el manejo de la red a través de un tercero a quien se le pagaría el salario por valor de 1 SMLMV mediante cuentas de cobro y por ello JORGE DURAN TOLOZA, amigo del demandante sin ningún conocimiento contable, presentaba las cuenta de cobro, siendo aceptada la propuesta el 03 de septiembre de 2009, cuya finalidad era evitar pagar prestaciones. Aseguró que desde el 22 de septiembre de 2009, sus jefes inmediatos fueron la contadora ANA ARCHILA SANABRIA y el director financiero HÉCTOR LEANDRO SÁENZ. Aseguró que desde septiembre de 2009, sufrió varias incapacidades y en marzo de 2010 se le diagnosticó infección por VIH, resultado que informó a su jefe inmediato, enfermedad por la cual decidió no trabajar más allá de la jornada laboral de 7:30 am a 5:30pm de lunes a viernes. Aseguró que desde el 22 de septiembre de 2009 HÉCTOR LEANDRO SÁENZ comenzó en su contra señalamientos humillantes, descalificativos, discriminante, hostiles, burlones y públicos frente a sus compañeros y gritos y llamados de atención constantes sin motivo y desde que manifestó ser portador de VIH empezó a sentir discriminación por su preferencia sexual por parte del

director financiero, quien hizo comentarios indirectos, hostiles y constantes al respecto, además, desde marzo de 2010, le dejaron de dirigir la palabra sus compañeros HÉCTOR LEANDRO SÁENZ, ROCÍO ORTIZ, TATIANA CONTADO y LUÍS SANTOYO del departamento de contabilidad, sufriendo aislamiento laboral, pues su jefe indicó a NATALY MUÑOZ que no podía trabajar en la oficina del demandante. En febrero de 2014, el demandante informó su maltrato laboral a GLORIA PIÑEROS RICARDO, directora del departamento de gestión humana, quien ofreció el cambio a dicho departamento para mejorar su ambiente laboral. Indica que el 26 de febrero de 2014, se modificó su cargo a asistente de talento humano y se le asignó atender los requerimientos de su empleador **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA JUAN N. CORPAS** y de la **CLÍNICA JUAN N. CORPAS LTDA**, a pesar de que no suscribió contrato de trabajo con ese tercero, pero debió atender peticiones, quejas y reclamos de esa Clínica, cuyos pacientes se acercaban personalmente al demandante siendo ello un riesgo debido a su inmunosupresión por VIH, por lo cual solicitó a la directora que no se le asignaran funciones para la clínica, pero se le indicó que debía seguir atendiendo las PQR de aquella, por lo cual el 06 de octubre de 2015 presentó renuncia por causa imputable al empleador y el 09 de diciembre de 2015 citó a su ex empleador a conciliación y la demandada no accedió a lo solicitado.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (fl. 87 a 103).**

La **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA JUAN N. CORPAS** no se opuso a la declaratoria de contrato, cargos y valor del último salario y se opuso a las demás pretensiones y condenas. Aceptó los hechos relativos a la suscripción del contrato de trabajo, salario inicial y cargos desempeñados. Indicó que el último salario básico fue $1.500.800 y recibió $643.200 por beneficios no constitutivos de salario conforme acuerdo suscrito en octubre de 2009, sin embargo tal suma fue considerada para liquidar prestaciones sociales y vacaciones, de otra parte, no le encomendó el manejo administrativo de la RED OUN, la cual es una persona jurídica independiente de la demandada, quien además desde septiembre de 2009 aprobó un rubro

presupuestal para contratar un auxiliar contable responsable de su manejo administrativo, por lo que ningún funcionario de la demandada tuvo el manejo administrativo y contable de dicha Red, siendo el demandante quien determinó que JORGE DURAN TOLOZA era el contratista idóneo para desempeñar dicho cargo y autorizó su contratación el 03 de septiembre de 2009 y el pago mensual de las cuentas de cobro y que fue el demandante quien mintió a la demandada sobre la falta de idoneidad de dicha persona. Aseguró que HÉCTOR LEANDRO SÁENZ nunca fue jefe directo del demandante, ya que lo era la contadora y nunca se le ofreció un incremento salarial porque la movilidad de cargo fue horizontal, manteniendo su categoría profesional y rango salarial, además la demandada siempre pagó al contratista de la RED OUN sus honorarios. Indicó que el demandante siempre solo cumplió la jornada máxima legal y ningún funcionario de la demandada ejerció tratos en su contra, por el contrario, conforme diligencias de descargos del 20 de noviembre de 2013, era el demandante quien ejerció acoso laboral por borrar información y efectuar comentarios descalificativos a sus compañeros, oportunidad en la cual el demandante no alegó ningún hecho en su contra ni puso en conocimiento ninguna situación al Comité de Convivencia Laboral, siendo el demandante quien atribuía a sus compañeros la responsabilidad y justificar de esa forma sus continuas faltas laborales.

Agrega la demandada que el demandante solicitó su cambió a gestión humana para oxigenarse y ayudar en nómina sin manifestar que era por mal ambiente laboral, y que el ÁREA DE GESTIÓN HUMANA tiene a su cargo las nóminas del empleador y de la **CLÍNICA JUAN N. CORPAS**, funciones que aceptó el demandante, ya que la fundación y clínica hacen parte de un grupo, sin que en sus funciones de contabilización y consolidación de nómina se involucrara el manejo o atención de pacientes de la clínica, al punto que su servicio se prestaba en un edificio diferente e independiente al de la clínica, por lo cual el demandante nunca manejó PQR de los pacientes, por ende,

ninguna de las situaciones alegadas en contra del empleador en la carta de renuncia es cierta y por ello no concilió sus pretensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 181, 30:55 cd fl. 180).

El 04 de marzo de 2020, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante CARLOS MOLINA PEDREROS, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.* ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de inexistencia del despido indirecto e improcedencia del despido injusto y se releva el Despacho del estudio de las demás, conforme las resultas del proceso.* ***TERCERO****: Sin condena en costas.* ***CUARTO:*** *En caso de no ser apelada, ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)".*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar el salario real del 24 de noviembre de 2003 al 06 de octubre de 2015, si entre el 22 de septiembre de 2009 y el 25 de febrero de 2014 se realizó el manejo administrativo de la RED OUN y si por dicha actividad se pagaron honorarios a través de terceras personas, la procedencia de reliquidar las prestaciones sociales, aportes, vacaciones, acceder a las indemnizaciones y si la renuncia del demandante fue imputable al empleador.

Para resolver indicó que no hubo discusión sobre la existencia de la relación laboral y cargos desempeñados. En cuanto el salario del 22 de septiembre de 2009 al 25 de febrero de 2014, indicó que los testigos de la demandada indicaron que la Fundación pago honorarios a JORGE DURÁN TOLOSA como contratista de la RED OUN, sin embargo, el demandante no acreditó que esas cifras le eran luego entregadas y que él en realidad hacia la actividad del contratista, aspectos que no se prueban del hecho que el contratista no tuviera conocimientos contables, más aún cuando la representante legal de la demandada y el testigo HÉCTOR SÁENZ indicaron que nunca

autorizaron tal gestión y que en una actitud dolosa fue el propio demandante quien suscribió el documento por el cual se aprobó la propuesta a pesar de que el remitente era otra persona. Negó la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria porque la liquidación se hizo considerando tanto el salario básico como la liquidación. En cuanto el despido indirecto, indicó que la carga de la prueba corresponde al demandante, quien alegó un acoso laboral pero no acreditó haber presentado la respectiva queja al comité o al Ministerio de Trabajo ni demostró las presuntas conductas de los trabajadores de la demandada, además se acreditó que por el contrario fue el demandante quien tenía quejas de acoso en su contra, en cuanto la carga excesiva de trabajo, no se acreditó ninguna queja o reclamación del demandante en tal sentido y además el testigo HECTOR SÁENZ indicó que si se hicieron aumentos salariales al demandante y la representante de la demandada señaló que el demandante no debía atender público y que se conoció la enfermedad del trabajador luego de terminado el contrato y los cambios de cargo fueron concertados.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandado **CARLOS MOLINA PEDREROS** solicitó revocar el fallo. Indicó que no se valoraron adecuadamente las pruebas, porque es salario todo pago remunerativo del servicio y se demostró que el pago del contratista lo hacía la demandada y que lo recibió sin tener conocimientos contables, dinero que el contratista indicó que daba al demandante, quien recibía ese pago como remuneración de su servicio porque todos los testigos indicaron que él manejaba la RED OUN dentro de su jornada laboral y cualquier duda debía ser resuelta a favor del trabajador, además no hubo adulteración de documento porque el demandante firmó porque su jefe se lo pidió y además HÉCTOR SÁENZ siempre autorizó el pago mensual y ese rubro era para un manejo contable que siempre hizo el demandante en su jornada laboral, por tanto, esos honorarios son factor salarial y se debe acceder a la reliquidación e indemnización moratoria, porque la demandada pretendió desnaturalizar el salario en perjuicio de los

derechos del trabajador, también reconocer el despido indirecto porque se demostró que el empleador tuvo conocimiento de quejas de acoso laboral del demandante y no hizo nada frente ello a pesar de ser su responsabilidad y también se acreditó carga laboral porque el demándate tuvo varios cargos y si se aumentó el salario fue porque aumento la carga pero la Universidad decidió desconocer una parte del salario y se debió acudir a un tercero para poder recibir su dinero[1] (31:42 cd fl. 180).

---

[1] Presentó recurso de apelación frente a la decisión tomada por el Despacho, toda vez que no fue adecuada la valoración de las pruebas. Una vez resumido el problema jurídico que versa sobre el verdadero salario devengado por el demandante, se debe tener en cuenta que claramente lo establece el CST que constituye salario no sólo 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, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones, se demostró dentro del proceso que efectivamente la remuneración que recibió por concepto de 1 smlmv el señor JORGE DURAN TOLOSA la pagaba la DDA y no la RED OUN sino directamente la DDA y el testimonio del señor TOLOSa acredita que ese dinero lo recibía sin tener conocimiento y manejo de la RED OUN, nunca conoció ni se presentó ante la demandada, no conoció las instalaciones, pero sí recibía este pago, en consecuencia este salario mínimo cuando él lo recibía y así lo señaló en su testimonio lo retiraba del banco y se lo daba al señor CARLOS, ese pago lo recibía el señor CARLOS como remuneración directa de su servicio, así quedó demostrado cuando el señor CARLOS manifestó que esto, y todos lo demás testimonios lo manifestaron y HÉCTOR SÁENZ, de que él manejaba la RED OUN dentro de su jornada laboral y dentro de su horario laboral dentro de las instalaciones de la FUNDACIÓN JUAN N CORPAS, razón por la cual en caso de duda, la duda debió ser absuelta a favor del trabajador y no de la demandada porque si quedo demostrado que este salario lo recibía como prestación directa de su servicio. Ahora bien, respecto de la adulteración del documento, eso no quedó probado, el señor CARLOS, demandante, nunca negó que hubiese firmado el documento inicial donde se autorizara el pago de esta contratación y señaló en su testimonio que esto lo hizo porque su jefe inmediato LEANDRO SÁENZ le solicitó que lo firmara, el nunca ha negado que firmó ese documento y quedó probado dentro de los testimonios e interrogatorio absuelto que el señor HÉCTOR SÁENZ, que era el jefe inmediato, si autorizaba mensualmente dichos pagos al señor TOLOSA sin saber y tener conocimiento porque hacían esos pagos, pero él si autorizaba dichos pagos y si lo hacía de manera mensual, entonces se contradice en la demanda diciendo que nunca conoció el pago cuando el lo autorizaba mensualmente, ahora bien, dentro de la contestación de la demandada indican que la RED OUN aprobó un rubro presupuestal para la contratación de un auxiliar contable que se encargó del manejo administrativo de la red OUN, es decir, ello si tenían conocimiento que esto tenía un trabajo contable que lo hizo claramente el señor CARLOS, aclarando que al contar con un contratista ninguno de sus funcionarios debían tener manejo administrativo y contable de la Red, quedó demostrado dentro del proceso que el manejo de la red lo hacía directamente el señor CARLOS y que efectivamente lo hacía durante su jornada laboral y que la supuesta contratista no tenía nada que ver con la RED OUN ni hacía ningún tipo de trabajo para la RED OUN, así las cosas, en caso de que al Despacho le hubiera quedado alguna duda debía quedar absuelta a favor del Demandante porque la carga probatoria si se surtió, si se hicieron todas las acciones a fin de demostrar que la RED OUN no tenía una personería jurídica independiente ni pagaba, por el contrario, que era la FUNDACIÓN JUAN N CORPAS quien efectuaba este pago directamente al señor JORGE DURAN TOLOSA y quedó demostrado que esto se pagó en razón a las funciones realizadas por el señor CARLOS durante su contrato de trabajo, por tanto debe primar la realidad sobre cualquier forma en este caso, razón por la cual el verdadero salario del señor CARLOS MOLINA era la suma de $2.733.500 y no como de mala fe pretende hacerlo valer la demandada. En razón a las reliquidaciones, teniendo en cuenta que este fue el salario efectivamente devengado por el demandante, procede la reliquidación de prima, cesantías, vacaciones y demás a que haya lugar teniendo en cuenta que efectivamente el salario por el señor CARLOS era $2.733.500, ahora bien, en razón a la indemnización moratoria, es una indemnización que no opera de manera automática sino cuando queda demostrada la mala fe por parte del empleador, dentro de todo este proceso, hemos tratado de mostrarle al Despacho que efectivamente todas las actuaciones de la demandada fueron de mala fe pretendiendo desnaturalizar el pago que de naturaleza era salarial para beneficiarse y en ese mismo sentido afectar los derechos laborales del trabajador, ahora bien, las afirmaciones que se hacen tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos no tiene lugar alguno, toda vez que debemos recordar que la carga de la prueba en algunos caso la tiene el trabajador, también tenemos la

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante a declarar que los honorarios pagados a un tercero son parte de su salario y si se configuró un despido indirecto, para establecer la procedencia de acceder a las pretensiones reclamadas.

---

posición de inferioridad del trabajador frente la carga de la prueba es muy alta, en todo caso debió ser la duda valorada a favor del trabajador y no a favor de la demandada, razón por la cual consideramos que por la mala fe ejercida por la demanda opera la indemnización moratoria a que hay lugar por el pago del salario y prestaciones sociales del demandante. En relación al despido indirecto, este versa sobre dos temas importantes, el acoso y la carga excesiva de trabajo; frente el acoso quedó demostrado dentro del proceso que la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA JUAN N. CORPAS si tuvo conocimiento de las quejas de acoso laboral presentadas por parte del señor CARLOS y no hicieron nada y quien tenía la carga de realizar las acciones frente a la solicitud de queja de acoso laboral del señor CARLOS era la FUNDACIÓN JUAN N. CORPAS, porque bien lo señala la Ley 1010 de 2006 el trabajador presenta la queja y el empleador deberá desplegar todas las actividades necesarias para que las conductas, si se están dando, se detengan y el trabajador continúe su proceso laboralmente, sin embargo, a pesar de tener conocimiento no desplegaron ninguna conducta a favor del señor CARLOS, tan es así que el señor CARLOS tuvo que solicitar el mismo el traslado al área de recursos humanos para no ser víctima de las conductas de acoso laboral; ahora bien, quedo demostrado que nadie y ninguno de sus compañeros de trabajo le dirigía la palabra al señor CARLOS y la empresa conociendo eso no hizo absolutamente nada para mejorar el ambiente laboral, esa situación y obligaciones de la empresa y no del trabajador, repito, el trabajador presenta la queja pero la empresa es la que despliega las conductas para prevenir las conductas que posiblemente pueden estar adecuadas a un acoso laboral, razón por la cual consideramos que el acoso si quedó debidamente probado dentro del proceso. Ahora bien, en relación a la carga excesiva de trabajo, quedó demostrado que el señor CARLOS tuvo varios cargos dentro de la empresa y dentro de esos cargos, cada uno generaba una carga de funciones más alta, es decir, la FUNDACIÓN JUAN N. CORPAS no aumentó el salario en más de un 40%, no tengo los porcentajes en este momento acá porque sí, aumentó el salario porque también aumentó la carga de las funciones del trabajador, pero este pago del salario mínimo que se le pagaba al señor CARLOS no lo quiso pagar a titulo prestacional, a pesar de que esa carga laboral que era la RED OUN la ejercía el señor CARLOS en ejercicio de sus funciones laborales, razón por la cual efectivamente si hubo un aumento el pago que fue tenido como no salarial, teniendo bajo la luz del artículo 127 el carácter de salario, razón por la cual la carga excesiva de trabajo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo del señor CARLOS se dio porque él tenía que utilizar un tercero para poder recibir su salario, claro que quedó demostrado efectivamente el despido indirecto, en este orden de ideas, presento el recurso de apelación para que el honorable TRIBUNAL revoque la decisión tomada por usted teniendo en cuenta que hubo efectivamente una indebida valoración de las pruebas dentro de este proceso. Gracias su señoría.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** entre el demandante **CARLOS MOLINA PEDREROS** y la demandada **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA JUAN N. CORPAS** se suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 24 de noviembre de 2003, el cual finalizó el 6 de octubre de 2015 (fl. 104 a 107, 114 a 115); ***ii)*** el demandante ejerció como auxiliar contable del 24 de noviembre de 2003 al 15 de mayo de 2007, tesorero auxiliar del 16 de mayo de 2007 al 31 de marzo de 2008, tesorero del 14 de abril de 2008 al 21 de septiembre de 2009, asistente contable del 22 de septiembre de 2006 al 25 de febrero de 2014 y asistente de talento humano del 26 de febrero de 2014 al 06 de octubre de 2015 (fl. 25).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones y declaró probada la excepción de inexistencia de despido indirecto e improcedencia de despido injusto, sin condena en costas.

La apoderada del demandante **CARLOS MOLINA PEDREROS** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que se demostró que el pago hecho al contratista era salario del demandante porque era él quien manejaba la RED OUN durante su jornada laboral, que no hubo adulteración del documento que autorizó vincular al contratista, que procede la reliquidación considerando dichas sumas y la indemnización moratoria por la mala fe de la demandada, así como reconocer el despido indirecto porque el empleador conoció las quejas del demandante de acoso laboral y no hizo nada y se incrementó su carga laboral con los cambios de cargos pese lo cual se decidió desconocer parte de su salario.

- **Acerca del salario y reliquidación de acreencias laborales e indemnización moratoria.**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que el artículo 127 CST define como salario no solo a la remuneración ordinaria del trabajador, sino también a todo

lo que éste percibe como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, norma que ha sido interpretada por la H. CSJ en las sentencias SL21210 de 2017, SL1296 de 2019, SL3700 de 2020, SL692 de 2021, entre otras, para concluir que es salario todo pago que real y efectivamente retribuye el trabajo, es decir, que dependa directamente de lo haga o deje de hacer el trabajador, siendo eventual el uso de otros criterios auxiliares como lo son la habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago frente al ingreso total para inferir su naturaleza salarial cuando no es del todo clara su naturaleza retributiva del servicio.

En el caso bajo estudio la parte demandante sostiene que la demandada propuso aumentar su remuneración por el manejo administrativo de la RED OUN mediante honorarios pagados a un tercero, reclamando que dichas sumas por 1 SMLMV sean consideradas factor salarial para todos los efectos y que la *a quo* erró al no dar por probada dicha situación pese los elementos de prueba que demuestran la misma.

Para resolver dicha inconformidad, es necesario establecer en primer lugar en que consiste la denominada RED OUN. Conforme las actas de sesión 106 y 107, observa esta Sala que la OUN refiere a la RED ORGANIZACIÓN DE UNIVERSIDADES DEL NORTE, conformada por 17 instituciones de educación superior representadas a través de sus psicólogos o directores de bienestar, coordinadores culturales o deportivos (fl. 130 a 140).

La anterior circunstancia concuerda con la manifestación de ANA MARÍA PIÑEROS RICARDO, quien en su interrogatorio de parte indicó que la RED OUN no es la misma demandada sino un espacio de cooperación conformado por 13 o 14 universidades del norte, sin ser un ente administrativo definido sino una gestión de los departamentos de bienestar en red de cooperación que no tenía oficina permanente y se reunía periódicamente en las diferentes universidades, sin tener un sitio físico fijo, cuya administración se distribuía año por año y

quedaba a cargo de quien estuviera presidiendo la red, gestión que asumió la demanda por más de 2 años (01:14:15, 01:23:20 cd fl. 160).

Por su parte HÉCTOR LEANDRO SÁENZ CASTRO, director financiero de la demandada, indicó en su testimonio respecto la RED OUN que supo que todas las universidades del norte se reúnen y que la red solo convocaba, recibía recursos y los coadministraba, siendo un fondo como cuando "*alquien en una fiesta recolecta todo el dinero*", red que por tanto no tenía contabilidad ya que **era solo un centro de costos** sobre cuanto se recibía y cuanto se gastaba, asegurando que cuando se vinculó con la demandada en 2008 ésta ya administraba la red, la cual entregó hasta 2014 o 2015 (02:03:56, 02:40:12 cd fl. 160).

Aclarado que era la red OUN, observa la Sala que al expediente se allegó un documento del 03 de septiembre de 2009, por el cual el director financiero de la demandada HÉCTOR LEANDRO SÁENZ CASTRO informa a la RED OUN la aceptación de su ofrecimiento para asignar un rubro para contratar bajo la modalidad de servicios a un asistente contable e informa que calificó como mejor opción al señor JORGE DURAN TOLOZA (fl. 26, 141).

El demandante confesó en su interrogatorio de parte que la firma estampada en dicho documento a nombre del director financiero de la demandada en realidad es la firma del demandante, justificando que puso su rúbrica porque HÉCTOR LEANDRO SÁENZ CASTRO le dio esa instrucción ya que le manifestó verbalmente que él no iba firmar dicho documento (03:49, 25:35, 33:38 cd fl. 160).

Por su parte, HÉCTOR LEANDRO SÁENZ rindió testimonio señalando que la firma que aparece en ese documento a su nombre no es suya sino que es la del demandante, afirmando que nunca ha dicho a nadie que firme por él en sus 11 años de servicio y que encontró ese documento solo con ocasión de la búsqueda que realizó por motivo de la demanda (02:41:36 cd fl. 160).

Las anteriores declaraciones acreditan que fue el demandante quien suscribió su firma, a nombre de otra persona, aceptando una presunta oferta de la RED OUN, sin embargo, la manifestación manuscrita elevada en el documento de "(...) *aceptado 09-03-09 aprobado en acta No. 107 sept 3/09 (...)*" no tiene ninguna relación con el contenido del Acta 107 del 03 de julio de 2009 de la RED ORGANIZACIÓN DE UNIVERSIDADES DEL NORTE – O.U.N. (fl. 137 a 140, 167 a 170), documento que registra los temas debatidos en la reunión ordinaria celebrada ese día, en donde la doctora MONIQUE MÉZIAT en representación de la demandada se limitó a señalar la creación de un centro de costos independiente para el manejo de las cuentas de la Red y que ya tenía código de la DIAN, sin que en el punto de proposiciones y varios se haga **mención de ofertar la asignación de un rubro para la contratación bajo la modalidad de servicios de un asistente contable**.

Así las cosas, es notoria la inexistencia de la oferta que se aceptó en el documento del 03 de septiembre de 2009, además de que el mismo tiene la falencia de que la firma del director financiero en realidad corresponde al demandante, sin que haya ningún respaldo de la afirmación del promotor del litigio de que hizo tal acto por orden de HÉCTOR LEANDRO SÁENZ, por cuanto la mera afirmación de tal hecho por el propio demandante no tiene efectos probatorios **porque nadie puede fabricar su propia prueba**, además, el propio HÉCTOR LEANDRO SÁENZ no reconoció que hubiera autorizado al demandante firmar por él.

Por su parte JORGE DURAN TOLOZA manifestó bajo juramento que nunca firmó un contrato de trabajo con la demandada, de quien ni siquiera conoce sus instalaciones y que nunca hizo ninguna labor porque no sabe de contabilidad, siendo que el demandante le pidió el favor de que pasara las cuentas de cobro porque se trataba de una labor que él no podía cobrar directamente porque era trabajador de la universidad, siendo que la propia demandada había propuesta realizar las cuentas de cobro, sin embargo, dicha **manifestación no tiene**

fuerza probatoria porque el testigo no apreció directamente la propuesta de la demandada ya que fue el demandante quien le contó sobre ello, es decir, se trata de un testigo de oídas (03:49, 07:58, 12:46, 14:10 cd fl. 171)

De otra parte, si bien el testigo HÉCTOR LEANDRO SÁENZ afirmó que pago las cuentas de cobro del contratista con cargo a los recursos de la RED OUN porque la doctora MONIQUE MÉZIAT le comentó que eso si estaba autorizado (02:24:12 cd fl. 160), lo cierto es que dicha manifestación en ningún modo puede ser aceptada como un reconocimiento de la tesis del demandante de que la demandada le ofreció el pago de parte de su salario a través de un tercero, ya que el testigo se limitó a indicar que en su momento se le informó que los pagos al contratista estaban autorizados sin que le hubieran indicados las razones de tal pago.

Así las cosas, los elementos de prueba acreditan que parte de los recursos de la RED OUN, que administró la demandada, fueron utilizados para cancelar a un contratista por servicios contables que el propio contratista indica que nunca prestó y que ese dinero le era entregado al demandante, sin embargo, existen serias dudas fundadas y objetivas de que en efecto la demandada hubiera tenido pleno conocimiento y además haber autorizado **dicho pago en las condiciones como fue generado**, en razón a las falencia en la firma del documento del 03 de septiembre de 2009 y la inexistencia de una oferta en la acta 107 de 2009 de la RED OUN, por ende, no hay certeza de la voluntad del empleador de que los honorarios fueran consignados a un tercero para que luego este los entregara al demandante.

Así las cosas, a pesar de lo señalado en el recurso de apelación, no hay ninguna prueba que acredite que la demandada autorizó la maniobra que hizo el demandante y JORGE DURAN TOLOZA, por lo cual no se demuestra que en uso de su libertad contractual el empleador hubiera consentido su voluntad de hacer dichos pagos, por lo cual no se puede concluir que esos dineros, presuntamente

entregados al demandante, estén cobijados en el contrato de trabajo, el cual como todo contrato parte del principio de libre acuerdo de voluntades en su celebración y definición de sus elementos esenciales.

De otra parte, la Sala no encuentra probada la afirmación del demandante según la cual estaba acreditado que el pago de honorarios a un tercero era remuneratorio del servicio del demandante, por la sencilla razón de que las pruebas practicadas acreditan que **CARLOS MOLINA PEDREROS** no era el único responsable del manejo de los recursos de la RED OUN administrados en su momento por la demandada.

En efecto, llama la atención que el señor HÉCTOR LEANDRO SÁENZ declaró que la RED OUN solo eran un conjunto de recursos dados por las universidades que conformaba dicha red, por lo cual dicha demandada, mientras manejó dicha red, la trato como un mero centro de costos en donde registraba el dinero que llegada y el que se gastaba a través de la imputación de pagos, cuyo manejo era responsabilidad de varios empleados de la demandada y no una función específica de un solo trabajador.

En efecto, dicho testigo indicó que al igual que con cualquier factura, los cobros a la RED OUN eran recibidos por tesorería, quien escaneaba las facturas y las subía al sistema de registro y las contabilizaba, tras lo cual el demandante revisaba que la retenciones y contabilización de la factura estuviera bien y cargaba la información al sistema contable de la universidad, al igual que se hacía con la información de los otros 19 centros de costos de la demandada, además el demandante debía descargar la información y dejar ver los flujos de caja no solo de la RED OUN sino de los demás centros de costos cuando se le solicitaba, lo cual era parte de las funciones de su cargo, de otra parte, la contadora y el director financiero revisaban las cuentas, que eran visadas por la directora de bienestar y tesorería según los eventos realizados, por lo que el manejo de la PUN lo hacía varias áreas de la universidad, aclarando que a las reuniones de la

RED OUN donde se adoptaban decisiones de manejo de la red no iba ni el testigo ni el demandante, ya que era un asunto del área de bienestar (02:15:39, 03:12:20 cd fl. 160).

En el mismo sentido, la representante legal de la demandada indicó que la RED OUN implicaba una gestión académica y administrativa realizada con el propio personal de la Universidad que administraba la red, sin que ello generara un pago adicional a la demandada, siendo el tema contable realizado por el equipo de contabilidad y financiero de cada universidad cuando le correspondía (01:21:02 cd fl. 160).

Por su parte la testigo TATIANA CONRADO GARCÍA, quien en su testimonio indicó que le recibió el cargo de asistente contable al demandante, hecho que se acredita con las documentales allegadas (fl. 38 a 43), indicó bajo juramento que el demandante le entregó un archivo Excel de la RED OUN, cuyo manejo lo hacían varias personas, encargándose una de la causación, otra del pago, pues la demandada contaba con varias personas encargadas de la citada red, datos que eran ingresados por varias personas al Excel y que era transmitido a la directora de bienestar, quien era la que hablaba en la red con los otros directores de las otras universidades (03:26:31 cd fl. 160).

Los anteriores elementos de prueba desestiman, razonablemente, la afirmación de que el demandante era el único responsable del manejo contable y administrativo de la RED OUN, todo lo contrario, la misma era manejada como un centro de costos, en cuyo registro de información participaban varios empleados de la demandada, limitándose el demandante al cargue de información al centro de costos y verificación de las facturas entregadas por tesorería, sin asumir actividades como recibir la facturación, escanearla y contabilizarla o asistir a las reuniones de la red, aspectos que eran manejados por otros empleados de la Fundación dentro del ámbito de competencia de sus cargos, por ende, los pagos del contratista no se

pueden considerar remuneratorios de una actividad exclusiva del demandante.

Como quiera que no existen elementos de prueba que permitan acceder a la tesis de la apelante, la Sala confirmará la decisión de no declarar como factor salarial los pagos efectuados al contratista JORGE DURAN TOLOSA, lo que conduce a desestimar también la viabilidad de acceder a la reliquidación de acreencias laborales y condena al pago de la indemnización moratoria.

Finalmente, respecto los reproches de la apelante relativos a que toda duda debe ser resuelta a favor del demandante trabajador, la Sala reitera que conforme la H. CSJ y H. Corte Constitucional sobre la aplicación del principio "*indubio pro operario*", la duda que obliga al juez a escoger la interpretación más favorable es respecto de normas y no aquella derivada de la valoración de pruebas, tal y como se indicó en las providencias SL2997 de 2021 SL4885 de 2021, SL5272 de 2021, T-730 de 2014, T-088 de 2018, entre otras. Por tanto, no le asiste ninguna razón a la solicitud de la apelante de aplicar dicho principio por las dudas probatorias alegadas.

- **Sobre el despido indirecto.**

Procede ahora la Sala a resolver sobre la indemnización por despido indirecto, siendo relevante considerar que el artículo 64 CST establece que, si el empleador da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justa causas contempladas en la Ley, deberá efectuar el pago de la indemnización consagrada en dicha norma.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ ha sostenido de forma reiterada y pacifica que si bien por regla general el trabajador solo debe demostrar el hecho del despido para que el mismo se presuma injusto, en el caso que pretenda declarar que renunció por justa causa imputable al empleador, situación denominada como despido indirecto, deberá acreditar adicionalmente cual fue la justa causa en

la que incurrió su empleador, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL14877 de 2016, SL4691 de 2018, SL1682 de 2019, SL4886 de 2020 entre otras.

Ahora bien, se destaca que la H. CSJ ha sido enfática en señalar que en los conflictos por despido indirecto el trabajador debe indicar con precisión y claridad al empleador las causas de su decisión de renunciar al momento en que se extingue el contrato de trabajo, por cuanto posteriormente no podrá alegar razones distintas a las inicialmente expresadas, toda vez que la parte que da por finalizado el contrato de trabajo alegando una justa causa siempre debe manifestar a la otra el motivo de dicha determinación para garantizar luego no pueda alegar válidamente otras causales, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL Rad. 14.391 del 17 de noviembre de 2000, SL Rad. 19.382 del 4 de junio de 2003, SL16561 de 2017, SL4770 de 2018, SL1082 de 2020, entre otras

En el caso bajo estudio, advierte la Sala que el 06 de octubre de 2015 el demandante presentó su carta de renuncia motivada, en la cual indicó como motivos imputables al empleador que llevaron a tomar tal decisión los siguientes (fl. 44 a 46):

1. Su cambio de cargo de tesorero a asistente contable y luego asistente de gestión humana incrementaron sus responsabilidades sin un incremento salarial y se enfermó por el ritmo de trabajo y carga excesiva.
2. Se realizó una diligencia de descargos sin su jefe inmediato como clara situación de acoso laboral y persecución.
3. Fue cambiando a un área donde no tenía experiencia y donde se incrementaron sus funciones no solo para su empleador sino para otras empresas sin un ajuste económico.
4. Carga emocional y riesgo en su salud por los reclamos de funcionarios cada vez más agresivos por el no pago oportuno de la seguridad social, sin ningún cambio a pesar de que solicitó no atender personas enfermas, además las

acusaciones de los quejosos afectan su imagen y lo señalan como culpable, sin que sea su función trabajar para el personal de las Clínicas.

Alega el apelante que se configuró el despido indirecto en los términos antes señalados, toda vez que el empleador, pese a tener conocimiento de las quejas de acoso laboral del demandante, no hizo nada al respecto y porque si bien se aumentó su salario, ello obedeció a que también aumentaron sus responsabilidades, pese a ello la demandada intento desconocer parte del salario y por eso debió acudir a un tercero para recibir dicho pago.

De entrada la Sala rechaza los argumentos relativos a que la universidad intentó desconocer parte del salario y lo obligó a usar un tercero como causales para analizar un despido indirecto, **ya que se trata de hechos que no fueron expresamente alegados en la carta de renuncia** y por ello no pueden ser considerados después, so pena de sorprender al empleador con situaciones que al momento de la renuncia no fueron debidamente puestas en su conocimiento, tal y como indica la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 14.391 del 17 de noviembre de 2000, SL Rad. 19.382 del 4 de junio de 2003, SL16561 de 2017, SL4770 de 2018, SL1082 de 2020.

En cuanto la afirmación de que el empleador no hizo nada a pesar de que conoció el acoso laboral del demandando, el promotor del litigio no cumplió con la carga de la prueba de demostrar que tal situación se presentó en la realidad, por cuanto no allegó soportes de haber presentado una queja de acoso laboral ante el Comité de Acoso Laboral, hecho que reconoció expresamente el demandante en su interrogatorio (45:03 cd fl. 160).

De otra parte, el demandante no acreditó que HÉCTOR LEANDRO SÁENZ en efecto fuera miembro del Comité de Convivencia Laboral y que por ello no presentó la queja, asunto que ni siquiera se preocupó en demostrar o siquiera como prueba en poder de la parte

demandada (fl. 68 a 70) y, en todo caso, dicha persona en su testimonió indicó que nunca hizo parte de tal comité (02:50:20 cd fl. 160).

Ahora bien, la apelante alegó en su recurso que la demandada si conoció del acoso laboral contra el demandante, sin embargo, no precisó la presunta forma en que la demandada se enteró de tal situación y, advierte esta sala que en la diligencia de descargos del 20 de noviembre de 2013 el demandante es quien hace referencia a situaciones de acoso, sino que HÉCTOR SÁENZ quien indicó que el demandante se sentía acosado sin razón, por tanto, no se puede tomar como una queja ya que ni siquiera provino del demandante (fl. 120 a 128).

Así las cosas, la Ley 1010 de 2006 sanciona el acoso laboral, estableciendo derechos a favor de los trabajadores, sin embargo, tal protección se genera en la actitud diligente del afectado de formular peticiones, quejas o denuncias del acoso laboral, tras lo cual surge la garantías del artículo 11 de la precitada Ley, obligación que se torna más rigurosa en el caso del accionante, quien además tenía la carga de la prueba de demostrar en juicio que si se configuró la causal alegada en su renuncia, pero ni siquiera acreditó haber interpuesto una queja de acoso laboral, por lo cual no se acredita lo alegado en el recurso de apelación.

De conformidad con lo considerado, la Sala confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08 2019 00397 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSÉ MARTÍN CÁRDENAS GONZÁLEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima

Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 10 de agosto de 1966; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 6 de abril de 1987 y el 11 de febrero de 1995, y cotizó a dicha entidad un total de 311.14 semanas; que el 2 de noviembre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; que el 31 de agosto de 1999, se trasladó a la AFP COLFONDOS. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regreso a dicho régimen; que el 10 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y dicha entidad resolvió la solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 120 a 134, pdf 1).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso 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, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago (fls.156 a 190, pdf 1).

Mediante Auto del 1° de diciembre de 2020, el Juzgado dispuso la vinculación al proceso de la AFP PROTECCIÓN (fl. 224, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación del demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y traslado de aportes a otra administradora (fls. 230 a 247, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor JOSE MARTIN CARDENAS GONZALEZ, identificado con C.C N° 79.392.745, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., realizado el 30 de octubre de 1995, al igual que la vinculación efectuada COLFONDOS S.A el 31 de agosto de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante JOSE MARTIN CARDENAS GONZÁLEZ identificado con C.C. N.° 79.392.745, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de al señor JOSE MARTIN CARDENAS GONZALEZ , identificado con C.C. N.°79.392.745, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO:** COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A., a favor del demandante, fíjese la suma de $500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades en mención. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las

implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia en su totalidad. Para sustentar el recurso aduce que el demandante hace incurrir en error al juez de primera instancia para obtener sentencia favorable, pues suscribió el formulario de traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria, hecho por el cual no es procedente declarar la ineficacia. Señala además que las AFP demandadas deben devolver de manera equitativa los gastos de administración que cada una recibió, pues no resulta suficiente condenar solamente a COLFONDOS en ese sentido.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber legal de información.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

V. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración al RPM.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 10 de agosto de 1966 (fl. 28, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 6 de abril de 1987 y el 11 de febrero de 1995, por un total de 311.14 semanas (fl. 38, Pdf. 1); ***iii)*** que el 2 de noviembre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION (fl. 214, Pdf. 1); ***iv)*** que el 31 de agosto de 1999, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 213, Pdf. 1); ***v)*** que el 10 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fl. 44 y 48, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la

escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema

General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de

régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos

traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor JOSÉ MARTÍN CÁRDENAS GONZÁLEZ se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCION el 2 de noviembre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 19:57), pues al efecto solo manifestó que suscribió de manera voluntaria el formulario de traslado pero no recuerda ningún pormenor del momento en que se realizó dicha diligencia de traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA

hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos

financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE MARTÍN CARDENAS GONZALEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2019 00397 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de revocar la decisión de primera instancia que negó la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 09-2018-00562-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandante **NOEL ARMANDO BARBOSA NOVOA** contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2019 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de inexistencia de causa para demandar e inexistencia de la obligación, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante (fl. 366, 12:33 archivo "*CP_1210082434583*" cd fl. 365).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 161 a 176).**

NOEL ARMANDO BARBOSA NOVOA solicitó declarar que tiene derecho a la pensión legal de invalidez desde el 1° de enero de 2013, retroactivo pensional, indexación e intereses moratorios, ordenar a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** trasladar a **COLPENSIONES** el bono pensional o calculo actuarial del periodo del 04 de noviembre de 1977 al 30 de junio de 1990 o en su defecto ordenar a **ECOPETROL** dichos pagos al ser beneficiario del contrato de obra suscrito con AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., requerir a

COLPENSIONES su cobro coactivo, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 22 de febrero de 1951 y que a 31 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas y 60 años de edad; que en 2011, contaba con más de 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años. Aseguró que el 05 de junio de 2014, solicitó a **COLPENSIONES** su pensión de vejez, solicitud que se negó porque solo tiene 931 semanas cotizadas, siendo persuadido por el asesor para reclamar la indemnización sustitutiva, sin considerar que en su historia laboral no aparece el periodo que laboró para AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. como obrero de patio y obrero patio máximo del 04 de noviembre de 1977 al 30 de junio de 1990 en virtud de contratos de trabajo por obra, de los cuales tiene certificado laboral, además solicitó varias veces al extinto ISS la corrección de su historia laboral con las certificaciones patronales correspondiente, a lo cual **COLPENSIONES** indicó en oficio SEM-2018-169230 que no tenía registros de pago a su favor.

Aseguró que AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. actuó en Colombia como contratista de **ECOPETROL S.A.** De otra parte, por auto del 27 de julio de 1995 la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** convocó a su ex empleador a concordato preventivo obligatorio y por auto del 03 de julio de 1997 decretó su liquidación obligatoria, designando como liquidador al doctor ALBERTO FADUL MOGOLLÓN, proceso en el cual solicitó el pago de sus aportes a seguridad social con memorial del 26 de febrero de 1996, siendo reconocido a su favor un crédito de primer grado como bono pensional en el numeral 4.2. de la calificación y graduación de créditos del Auto 440-8784 del 04 de noviembre de 1996; que el ISS se hizo parte del proceso para cobrar la seguridad social de sus afiliados trabajadores, pese lo cual el Instituto lo afilió erróneamente del 1° de noviembre de 1995 al 31 de julio de 1996 cuando lo correcto era del 13 de septiembre de 1979 al 31 de julio de 1996, siendo reconocido al ISS un crédito primer grado de $354.723.339.

Por último, alegó que **ECOPETROL** hizo parte del proceso liquidatorio como deudor solidario y acreedor, pero omitió el pago de la conmutación pensional de los trabajadores de su contratista, no obstante aprobar la liquidación del contrato DIJ-(P)-398 por el incumplimiento de la empresa en afiliar a sus trabajadores a un fondo de pensiones, pasando por alto que ella es beneficiaria del servicio.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante. Indicó que no se cumplen los requisitos de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, porque la historia laboral del demandante acredita que al 25 de julio de 2005 no tenía 750 semanas cotizadas y en todo caso solo tiene 959 semanas. Aseguró que efectuó cobros a AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. porque dicha sociedad nunca afilió al demandante y por eso no conoció de la presunta relación laboral. Interpuso las excepciones de inexistencia de causa para demandar, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fl. 206 a 216).

ECOPETROL S.A. se opuso a las pretensiones. No aceptó hechos. Señaló que AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. no trabajo solo para **ECOPETROL S.A.** sino para varias empresas en el país y que el contrato alegado por el demandante inició en 1994 y finalizó en 1996, por lo cual no hay solidaridad ya que en el tiempo reclamado no había contrato entre esa compañía y **ECOPETROL S.A.**, quien solo responde por las obligaciones de las personas vinculadas directamente por ella y no por el personal de sus contratistas. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fl. 253 a 260).

La **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al proceso concordatario y

liquidación de AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. Indicó que por Auto 410-3069 del 27 de julio de 1995, ordenó el concordato preventivo obligatoria de dicha sociedad conforme el Decreto 350 de 1989, por Auto 410-4187 del 03 de julio de 1997 decretó su liquidación obligatoria conforme la Ley 222 de 1995 y en el punto 4.2 del Auto 440-8784 del 04 de noviembre de 1998 reconoció una obligación condicionada de bono pensional, cuyo reconocimiento depende de demostrar y cuantificar el derecho, sin que por ello el Juez del concurso asuma las obligaciones del deudor. En todo caso, aseguró que los aportes reclamados del 13 de septiembre de 1979 al 30 de octubre de 1995 no están incluidos en el bono pensional porque al no haber afiliación procede un cálculo actuarial conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; así mismo, la participación del ISS no equivale a una afiliación del demandante ya que fue una intervención para cobrar obligaciones de ciertos trabajadores. Alegó que no se cumplen los requisitos para declarar su responsabilidad porque no hay falla del servicio porque solo actuó como Juez del Concurso hasta el agotamiento del patrimonio del deudor y solo la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer cualquier reclamo de responsabilidad contra la Superintendencia. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y obligación, culpa exclusiva de la víctima y la genérica (fl. 308 a 317). Se advierte que por auto dictado en oralidad el 04 de octubre de 2019, se declaró probada la excepción previa de falta de jurisdicción y se desvinculó del proceso a esta demandada (16:18 archivo "*CP_1004082425877*" cd fl. 365).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 366, 12:33 archivo "CP_1210082434583" cd fl. 365).

El 10 de diciembre de 2019, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBINA A DE PENSIONES COLPENSIONES y ECOPETROL S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor NOEL ARMANDO BARBOSA NOVOA*

en el presente proceso. ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probadas las excepciones de inexistencia de causa para demandar e inexistencia de la obligación, respecto de COLPENSIONES y ECOPETROL y el Despacho se declarar relevado del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva en su contestación.* ***TERCERO: COSTAS*** *lo serán a cargo del demandante señor NOEL ARMANDO BARBOSA NOVOA. Tásense conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de $100.000.* ***CUARTO:*** *en caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo establece el artículo 69 CPTSS. (...)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, retroactivo pensional y demás pretensiones y fijar si hay obligación de **ECOPETROL S.A.** al pago de los aportes de los periodos laborados por el demandante en AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A.

Para resolver indicó que el demandante alegó que fue trabajador de AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. del 04 de noviembre de 1977 a 31 de diciembre de 1989, sin embargo, no allegó ninguna prueba de que dicha sociedad y **ECOPETROL S.A.** tuvieran un vínculo contractual durante dicho lapso. Frente **COLPENSIONES** señaló que la historia laboral del accionante relaciona como fecha de afiliación del demandante el 04 de julio de 1990, por tanto, no es exigible que dicha administradora realizara acciones de cobro de una presunta relación que no le fue informada. Concluyó que el régimen de transición del demandante finalizó el 31 de julio de 2010 porque no tenía 750 semanas a la expedición del Acto Legislativo 1° de 2005, fecha en la cual no tenía 60 años, por lo cual no consolidó los requisitos para la pensión conforme el Decreto 758 de 1990 ni reúne la densidad de semanas que exige la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **NOEL ARMANDO BARBOSA NOVOA** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Alegó que a la liquidación de AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. compareció el

ISS hoy **COLPENSIONES** y **ECOPETROL S.A.**, quienes no aplicaron el artículo 13 de la Ley 171 de 1961 regulado por el artículo 11 del Decreto 426 de 1968 que indica que en caso de disolución o liquidación de empresa privada los funcionarios dispondrán lo necesario para que las reservas para pensión se destinen a su pago. Agrega que **COLPENSIONES** omitió aplicar el artículo 2° del Decreto 2677 de 1971 que consagró la conmutación pensional en procesos de liquidación de empresas y omitió realizar los cálculos actuariales a pesar de que el demandante aportó los documentos necesarios como parte del proceso de liquidación, siendo que el extinto ISS participó alegando las normas de conmutación pensional y recibió una suma gruesa de dinero, pero solo le abonó las semanas de noviembre de 1995 a julio de 1996 y no por la totalidad del tiempo laborado, por ello **COLPENSIONES** debe corregir su historia laboral y reconocer la pensión ya que el trabajador no debe asumir las consecuencias de la omisión de las acciones de cobro por la administradora.

En cuanto **ECOPETROL S.A.** el apelante reclamó la responsabilidad solidaria con la sociedad empleadora conforme los contratos celebrados entre ellas, los cuales no revisó el *a quo* a pesar de que indicó que lo haría y el artículo 170 CGP establece que el Juez puede decretar pruebas de oficio, lo cual no hizo pese informar al Juez que dichas pruebas no estaban en disposición del demandante hasta que fueron aportadas en otro proceso, además los desprendibles de pago del demandante indican que estaba adscrito a **ECOPETROL S.A.**, realizando una actividad como contratista que era propia del giro ordinario de los negocios de la Entidad en la explotación y exploración de los pozos petrolíferos en el departamento del Meta y en Colombia, ya que el demandante fue perforador y encuellador, actividad propia de la explotación de pozos petroleros, omitiendo **ECOPETROL S.A.** supervisar que el contratista cumpliera el pago de aportes de su personal en la Resolución 037 de 1996, por lo cual se hace

responsable solidario[1] (13:48 archivo *"CP_1210082434583" cd fl. 365"*).

---

[1] Me permito interponer de manera oral el recurso de apelación que sustento de la siguiente manera. En la liquidación de la empresa AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. intervinieron las hoy demandadas ISS y ECOPETROL S.A. y las aquí citadas tenían y tienen el deber legal de cumplir con los preceptos citados en la Constitución Política de Colombia en su artículo segundo, cuando dice la autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales y particulares del Estado, entre estos el derecho al trabajo y el derecho a ser pensionado, es así como de la omisión del deber constitucional que las embargaba resultó perjudicado el trabajador de la mencionada empresa hoy demandante, pues en la liquidación de esta no se cumplió no solo con el precepto constitucional si no conforme a las normas que a continuación relaciono, el artículo 13 de la ley 171 de 191 reglamentado por el decreto 426 de 1968 en su artículo 11 dispone que cuando por cualquier causa se presentara la disolución o liquidación de la empresa privada que hayan constituido reservas de acuerdo con lo dispuesto en el mismo Decreto, todos los funcionarios o personas que a cualquier título tuvieron que intervenir en la correspondiente diligencia dispondrían de lo necesario para que tales reservas se destinarán preferencial y exclusivamente a garantizar el pago de las pensiones, COLPENSIONES incurrió en violación al decreto 2677 de 1971, donde se fijaron normas sobre la conmutación de pensiones y en su artículo 2 estableció que habrá lugar a conmutación cuando una empresa nacional o extranjera con pensiones de jubilación pendientes entre en proceso de cierre o liquidación que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de sus trabajadores, está debieron intervenir de manera eficiente y en su artículo 3 dice que para los efectos de la conmutación de las pensiones de jubilación pendientes a qué se refiere el artículo anterior, son las causadas y las eventuales y en el artículo 5 y 6 manifiesta claramente que el ISS realizara los cálculos actuariales y la empresa que cancelará para tal evento. En esta ocasión, como bien se probó dentro del expediente, el aquí demandante aportó todos los documentales necesario para hacerse parte dentro del proceso liquidatario, entre ellas los contratos y certificaciones laborales, para que estas entidades hicieran lo correspondiente y pagaran los cálculos actuariales del trabajador, situación que nunca dentro del expediente fue vetada como tacha de falsedad o cómo si no existiese esa prueba, pues el interregno de labor del demandante del 04 de noviembre de 1977 al 30 de junio 1990. Es importante resaltar al despacho que las normas aplicables al momento de la liquidación de la empresa AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. para la conmutación pensional tanto de los pensionados cómo los extrabajadores, es el decreto 2677 de 1971 y el artículo 13 de la ley 171 de 1961 reglamentado por el decreto 1572 de 1973 y en cumplimiento de dicha normatividad del Instituto de Seguros Sociales allegó pretensiones al proceso concursal para la sustitución de obligaciones pensionales de los extrabajadores, recibiendo una onerosa cuantía de $354.723.339 pero únicamente acreditó al trabajador el interregno de noviembre del 95 a julio del 96, situación que es enteramente oponible al trabajador, pues el Instituto Social haciéndose parte en el proceso concursal procedió a afiliar al trabajador con la mencionada empresa y recibió sus dineros por sus aportes y debió haber acreditado todos los tiempos efectivamente laborados por la mencionada empresa y conceder la pensión de vejez de la que tiene derecho por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 36, como bien se especificó dentro de los hechos de la demanda, por tal razón se considera que COLPENSIONES debe ser condenada actualizar la sabana laboral del demandante con todos los períodos aquí reclamados, debe ser condenada en lo que se refiere de la pretensión sexta a la décima de la demanda, pues no es indelegable al trabajador la omisión por parte de la Administradora del deber legal de realizar esos cobros coactivos a las empresas y máxime cuando las normas así lo disponían. En el caso de ECOPETROL, quedó suficientemente probado en el plenario con los contratos allegados de la contratante y contratista, pues en este aparte quiero hacer claridad de que se allegaron en una oportunidad al expediente pruebas que si bien el a quo manifestó que no las iba tener en cuenta, también manifestó en su oportunidad de que para efectos de revisión del expediente las iba a revisar y a verificar el valor probatorio que estas tuviesen y de todas maneras al solicitarlas hoy la suscrita me manifestó qué por haberlas allegado en CD pues no iban a ser tenidas en cuenta en el expediente pues no tenía como ponérsela a disposición a la demandada ECOPETROL, sin embargo, el artículo 170 CGP sobre el decreto y práctica de pruebas de oficio manifiesta claramente que el Juez deberá decretar pruebas de oficio en la oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia y las pruebas decretadas de oficios estarán sujetas a la contradicción de las partes, situación a la que se negó el a quo a toda costa a pesar que la suscrita en el debate probatorio se la solicitó, ya que manifesté que no estaban en el poder del demandante y fueron allegadas en otro proceso donde se tuvieron en cuenta, más sin embargo obvió la juez la oportunidad para decretarlas incluso a pesar de que se dilató un poco la presente audiencia, pues no quiso acudir a ese mandato legal para esclarecer los hechos objeto de controversia, seguramente con esa evaluación de esas pruebas si se acreditaba las pruebas contundentes para esclarecer que en el interregno del 04 de noviembre de 1977 al 30 de junio de 1990 existían pruebas entre la contratante y la contratista, es así como también dentro del expediente en los volantes de pago que se allegaron existía también esa prueba que decía que el

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada sustituta del **DEMANDANTE** solicitó considerar los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación y ordenar la práctica de pruebas. Agotado el término de traslado, las demandadas se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

---

trabajador estaba suscrito para ECOPETROL, más sin embargo el a quo no tuvo en cuenta lo alegado por la parte demandante e incluso tacha el interrogatorio de parte surtido e incluso las certificaciones expedidas por la demandada, situación que cercena de tajo el derecho que le asiste al aquí demandado, de ahí que se concluya con las pruebas aportadas que los servicios prestados por el trabajador a través de la empresa contratista se efectuaron para la ejecución de los diferentes contratos de obra y a través de los exámenes objetos de ambas empresas se puede terminar que los contratos se realizaron para ejecutar una labor en el giro ordinario de las labores de la contratante, si se tiene en cuenta que el subsuelo colombiano le pertenece al Estado en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, Entidad a la cual resultó adscrita ECOPETROL para la explotación y exploración de los pozos petrolíferos en Colombia, es así como existen en ese CD y en esas pruebas que en el caso de marras el trabajador fue adscrito para el área de Apia y Ariari en el departamento del Meta y ahí se especifican claramente dentro de esos contratos que si existió esa labor entre la contratante y la contratista que fueran ese momento ECOPETROL y AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. para el departamento del meta, siendo parte integrante de ella la labor ejercida por el trabajador, como bien se probó ejercía los cargos de perforador y encuellador, propios para la perforación de pozos petrolíferos en Colombia. También se violó el artículo 50 de la ley 100 de 1993 y se deja ver como se puede instruir la solidaridad y la responsabilidad del contratante, pues la celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, entre otros, cuando a ello haya lugar. las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, que debieron haber sido cotizados, situación a la cual hizo caso omiso la mencionada entidad ECOPETROL en la Resolución 037 de 1996. Para el caso de marras es importante recalcar que la demandada son empresas jurídicas dedicadas a la explotación de transporte o extracción de petróleo y realizaron las actividades propias y esenciales de su negocio o de su objeto social mediante el empleo de contratistas independientes al servicio de la contratante, por tal razón, a esta última le corresponde el deber de vigilar el correspondiente el cumplimiento de su contratadas no solo en la ejecución de la obra si no en el pago correspondiente de la seguridad social integral de sus trabajadores, porque ante la omisión de esta e incumplimiento de la contratada en el pago de sus aporte como lo establece el art 17 y 22 de la ley 100 de 1993 en concordancia del artículo 30 del decreto 170 del 2002, por estas razones a ECOPETROL respondería de manera solidaria con lo contempla el artículo 34 CST, también es importante recalcar que la Ley 100 de 1993 se estableció como punto final para que todas las empresas del Estado, incluyendo las petrolíferas, tuvieran que afiliar a sus trabajadores y pagar la seguridad social correspondiente por los aportes dentro de los interregnos laborados y para eso COLPENSIONES tenía que hacer los requerimientos necesarios ante cada una de esas empresas para que pagaran el total de los aportes y como se digo, dentro de todo el recurso de apelación, era importante que para el momento de la liquidación de la empresa COLPENSIONES tenía que solicitar a AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A.Of todos esos periodos, no únicamente un período irrelevante para la acreditación de los tiempos laborados del trabajador. Muchas gracias.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar en primer lugar si procede declarar la responsabilidad solidaria de **ECOPETROL S.A.** respecto el pago de aportes a pensión a favor del demandante y que no fueron cancelados por la extinta AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A.; en segundo lugar, determinar si se reúnen los requisitos para declarar que le asiste derecho al demandante a la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, para de ese modo definir la procedencia de las pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES mediante Auto 410-3060 del 27 de julio de 1995 convocó a AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. a trámite de concordato preventivo obligatorio, posteriormente, por Auto 410-4187 del 03 de julio de 1997 decretó la apertura del trámite de liquidación obligatoria de la sociedad (fl. 91 a 94, 305 a 306); ***ii)*** Mediante Auto 440-8784 del 04 de noviembre de 1998 se aprobó la calificación y graduación de créditos de la sociedad en liquidación, siendo reconocido al demandante **NOEL ARMANDO BARBOSA NOVOA** un derecho condicional a bono pensional (fl. 63 a 75, 290 a 296) y mediante Auto 441-016831 del 07 de octubre de 2005 se aprobó la rendición final de cuentas y se declaró terminado el proceso liquidatario de bienes (fl. 301 a 302).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró probadas las excepciones de inexistencia de causa para demandar e inexistencia de la obligación, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

La apoderada del demandante **NOEL ARMANDO BARBOSA NOVOA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo y

acceder a las pretensiones. Indicó que en la liquidación de la sociedad empleadora participaron el ISS hoy **COLPENSIONES** y **ECOPETROL S.A.**, quienes omitieron aplicar los artículos 13 de la Ley 171 de 1961 y 11 del Decreto 426 de 1968 y el artículo 2 del Decreto 2677 de 1971, por lo cual solo se abonaron algunas semanas y no todo el tiempo laborado, sin que el trabajador deba asumir las consecuencias de la omisión de las acciones de cobro al empleador, además, **ECOPETROL S.A.** es responsable solidario de las obligaciones del empleador, conforme los contratos celebrados entre dichas sociedades, omitiendo la *a quo* revisar los contratos no obstante su facultad de decretar pruebas de oficio, por su parte, los desprendibles de pago del demandante acreditan que estaba adscrito a **ECOPETROL S.A.** realizando una actividad propia de la explotación de pozos petroleros, omitiendo **ECOPETROL S.A.** supervisar que el empleador pagara los aportes de su personal conforme la Resolución 037 de 1996.

Procede la Sala a resolver el precitado recurso de apelación, advirtiendo que la parte **DEMANDANTE** solicitó decretar como pruebas de oficio las documentales aportadas en primera instancia luego de que se profirió auto que fijo fecha y hora para celebrar audiencia (fl. 320 a 342), así como las documentales allegadas en segunda instancia luego del reparto del expediente (fl. 369 a 466), solicitud que rechaza la Sala por cuanto la demandante no acreditó las circunstancias que alegó le impidieron aportar los documentos en el momento procesal oportuno ni acreditó que las misma versen sobre hechos posteriores a la presentación de la demanda o al vencimiento del término para reformar la misma.

- **Sobre la relación laboral y la responsabilidad solidaria reclamadas.**

Sea lo primero establecer si el demandante acredita haber laborado para la extinta AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. por los periodos reclamados del 04 de noviembre de 1977 al 30 de junio de 1990.

Así las cosas, se aportó con la demanda copia simple de constancia del 11 de agosto de 1997 suscrita por ALBERTO FADUL MOGOLLÓN como liquidador de la precitada sociedad, en la cual se indica que el demandante prestó servicios a la compañía mediante "*contratos a término de obra*" en los periodos allí señalados (fl. 12 a 13).

De otra parte, el demandante aportó las siguientes pruebas documentales:

Folio	Concepto	Desde	Hasta
44	Desprendible nómina	16/03/1987	31/03/1987
44	Desprendible nómina	01/06/1987	15/06/1987
45	Desprendible nómina	01/07/1987	15/07/1987
46	Desprendible nómina	16/07/1987	31/07/1987
46	Desprendible nómina	01/08/1987	16/08/1987
47	Desprendible nómina	01/08/1987	15/08/1987
47	Desprendible nómina	16/08/1987	31/08/1987
48	Desprendible nómina	01/09/1987	15/09/1987
50	Desprendible nómina	01/10/1987	15/10/1987
51	Desprendible nómina	01/11/1987	15/11/1987
51	Desprendible nómina	01/12/1987	15/12/1987
49	Desprendible nómina	16/12/1987	31/12/1987
17	Desprendible nómina	01/01/1988	15/01/1988
17	Desprendible nómina	16/01/1988	30/01/1988
18	Desprendible nómina	01/02/1988	15/02/1988
19	Desprendible nómina	16/02/1988	29/02/1988
19	Desprendible nómina	16/03/1988	31/03/1988
20	Desprendible nómina	16/04/1988	30/04/1988
21	Desprendible nómina	01/05/1988	15/05/1988
21	Desprendible nómina	16/05/1988	31/05/1988
22	Desprendible nómina	01/06/1988	15/06/1988
22	Desprendible nómina	16/06/1988	30/06/1988
23	Desprendible nómina	01/07/1988	15/07/1988
24	Desprendible nómina	16/07/1988	31/07/1988
24	Desprendible nómina	01/08/1988	15/08/1988
25	Desprendible nómina	16/08/1988	31/08/1988
25	Desprendible nómina	01/09/1988	15/09/1988
26	Desprendible nómina	01/10/1988	15/10/1988
26	Desprendible nómina	16/10/1988	31/10/1988
27	Desprendible nómina	01/11/1988	15/11/1988
27	Desprendible nómina	16/11/1988	30/11/1988
28	Desprendible nómina	01/12/1988	15/12/1988
29	Desprendible nómina	16/12/1988	31/12/1988
30	Desprendible nómina	01/01/1989	15/01/1989
31	Desprendible nómina	16/01/1989	31/01/1989
31	Desprendible nómina	01/02/1989	15/02/1989

Folio	Concepto	Desde	Hasta
32	Desprendible nómina	16/02/1989	28/02/1989
32	Desprendible nómina	01/03/1989	15/03/1989
33	Desprendible nómina	16/03/1989	31/03/1989
33	Desprendible nómina	01/04/1989	15/04/1989
34	Desprendible nómina	16/04/1989	30/04/1989
34	Desprendible nómina	01/05/1989	15/05/1989
35	Desprendible nómina	16/05/1989	31/05/1989
35	Desprendible nómina	01/06/1989	15/06/1989
36	Desprendible nómina	16/06/1989	30/06/1989
36	Desprendible nómina	01/07/1989	15/07/1989
37	Desprendible nómina	16/07/1989	31/07/1989
38	Desprendible nómina	01/08/1989	31/08/1989
37	Desprendible nómina	16/08/1989	31/08/1989
38	Desprendible nómina	01/09/1989	15/09/1989
39	Desprendible nómina	01/09/1989	30/09/1989
41	Desprendible nómina	16/09/1989	30/09/1989
39	Desprendible nómina	01/10/1989	15/10/1989
40	Desprendible nómina	16/10/1989	31/10/1989
40	Desprendible nómina	01/11/1989	15/11/1989
41	Desprendible nómina	16/11/1989	29/11/1989
42	Desprendible nómina	01/12/1989	15/12/1989
43	Desprendible nómina	01/12/1989	13/12/1989
43	Desprendible nómina	16/12/1989	31/12/1989
52	Contrato de Trabajo	01/01/1990	
58	Desprendible nómina	01/01/1990	15/01/1990
59	Desprendible nómina	16/01/1990	31/01/1990
53	Desprendible nómina	01/02/1990	14/02/1990
53	Desprendible nómina	16/02/1990	28/02/1990
54	Desprendible nómina	01/03/1990	14/03/1990
54	Desprendible nómina	16/03/1990	31/03/1990
55	Desprendible nómina	01/04/1990	11/04/1990
55	Desprendible nómina	16/04/1990	30/04/1990
56	Desprendible nómina	01/05/1990	09/05/1990
56	Desprendible nómina	16/05/1990	31/05/1990
57	Desprendible nómina	01/06/1990	14/06/1990

Los anteriores elementos de prueba acreditan: ***i)*** que entre la extinta AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA y el demandante el 1° de enero de 1990 se suscribió contrato de trabajo para desarrollar el cargo *max worker* en la perforación del pozo vanguardia No. 1 con el Rig No. 29; ***ii)*** que la precitada sociedad pagó acreencias al demandante propias de un contrato de trabajo, entre marzo de 1987 y junio de 1990, en los meses por los cuales se allegó desprendible de nómina, en los cuales se identifica al demandante como *max worker* en el departamento del Meta, inclusive en algunos de dichos desprendible se relaciona directamente a **ECOPETROL S.A.**

Así las cosas, a pesar de que se aportó constancia laboral suscrita por el presunto liquidador de AN-SON DRILLING COMPANY

OF COLOMBIA, dicho documento no acredita contundentemente que los tiempos allí registrados hayan estado regulados por un contrato de trabajo y, aún en gracia de discusión, si se considerará que dichas relaciones laborales si existieron, no demuestran ni el cargo, ni las funciones y labores desempeñadas por el demandante, ni su sitio de trabajo (pozo) ni si la labor estuvo relacionada con alguna relación contractual existente entre la sociedad empleadora y **ECOPETROL S.A.** u otra empresa, razones suficientes para concluir que frente dichos periodos no se cumplen los requisitos normativos y jurisprudenciales para generar la responsabilidad solidaria del artículo 34 CST.

De otra parte, el contrato de trabajo suscrito el 1° de enero de 1990 se limitó a denominar el cargo del demandante como "*max worker*", sin precisar ni sus funciones y tareas, a la vez que tampoco se allegó ninguna prueba que permitan determinar las mismas, por tanto, no hay ningún soporte probatorio de la afirmación que se hizo en el recurso de apelación de que el demandante actuó como *perforador y encuellador*, al punto que ni siquiera figura el nombre del demandante en el acta de compromiso del 30 de julio de 1996 relativa a los trabajadores del pozo Apiay 16 (fl. 76 a 77), que dicho sea del pazo no es el mismo Pozo que se indicó en el contrato de trabajo, a saber, Pozo Vanguardia No. 1 (fl. 52).

Así mismo, los desprendibles de nómina tampoco son conducentes ni útiles para fijar las labores del demandante, por cuanto no hacen mención de aquellas y, si bien en aquello se menciona a **ECOPETROL S.A.**, ello no es prueba concluyente de que el demandante estuviera realizando actividades propias del giro ordinario de los negocios de dicha sociedad, por cuanto dicha mención no satisface los requisitos exigidos para configurar la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, por cuanto la H. CSJ ha indicado en las sentencias SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras, que se debe acreditar que la

actividad del trabajador, individualmente considerada, corresponde a una función propia de las actividades del contratante, aspecto que no se puede determinar con solo un desprendible de pago.

Si bien por auto del 08 de octubre de 2021, se decretó pruebas de oficio y requirió a **ECOPETROL S.A.** aportar copia de los contratos suscritos con la extinta AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA, en especial los contratos relacionados en dicho proveído, los cuales fueron aportados mediante correo electrónico del 26 de octubre de 2021, cuya revisión permitió verificar que ni uno solo de ellos relaciona en su objeto contractual el pozo referido en el único contrato de trabajo que aportó el demandante, a saber, el pozo Vanguardia No. 1 (pag. 10, 26, 28, 49, 69, 88, 90, 93, 115, 134, 176, 179, 206, 230, 258, 284, 312, 342 archivo "*MEMORIAL ALLEGANDO CONTRATOS*").

Por todas las anteriores consideraciones, la Sala advierte que el demandante no acreditó haber laborado para extinta AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA por el periodo reclamado en la demanda ni mucho menos que se configuren los requisitos para declarar a **ECOPETROL S.A.** como responsable solidaria del pago de los respectivos aportes a pensión.

- **Sobre el pago del cálculo actuarial al Sistema General de Pensiones**

El literal d) del Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, consagra que para el computo de semanas necesarias para causar la pensión de vejez se considerara el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, siempre y cuando el empleador traslade con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador beneficiado.

Por su parte, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016 reiteró la facultad del empleador

omiso en la afiliación de sus trabajadores de pagar el cálculo actuarial a fin de que el periodo de no cobertura sea considerado en el Sistema General de Pensiones.

En el presente asunto el apelante reclama que no debe sufrir los efectos negativos por la falta de acciones de cobro del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** en contra de su empleador AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., motivo por el cual en su historia laboral se debe considerar las semanas correspondientes a la relación laboral del 04 de noviembre de 1977 al 30 de junio de 1990.

Pasa la Sala a resolver dicha inconformidad del apelante, siendo relevante considerar que ya se definió que el demandante no logró acreditar que en efecto hubiera existido una relación laboral con AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. por el periodo reclamado, ni mucho menos la responsabilidad solidaria de **ECOPETROL S.A.** de concurrir al pago de los aportes a pensión por dicho lapso de tiempo.

En consecuencia, considerando la historia laboral del demandante del 04 de febrero de 2019, advierte esta Sala que solo reúne 959,86 semanas cotizadas, correspondiendo el primer periodo cotizado a julio de 1990 (fl. 193 a 205), lo cual concuerda con la manifestación hecha por **COLPENSIONES** en la contestación de la demanda de que AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. nunca le informó la existencia de una relación laboral con el demandante.

Así las cosas, como quiera que en el presente asunto no se accedió a declarar a **ECOPETROL S.A.** responsable del pago del cálculo actuarial y como quiera que **COLPENSIONES** nunca fue informada de la existencia de una relación laboral entre el demandante y su empleador, la Sala acoge la regla jurisprudencial de la H. CSJ que diferencia entre la mora patronal y la falta de afiliación, concluyendo que esta última corresponde al evento en que el empleador no da aviso

a la administradora de pensiones de la existencia de la relación laboral, desconocimiento por el cual no es exigible a la administradora el realizar el cobro de los aportes derivado de una relación laboral de la cual no ha sido informada, tal y como se ha indicado en la sentencia SL4400 de 2021, SL4496 de 2021, SL4612 de 2021, entre otras.

En consecuencia, no se puede imputar a **COLPENSIONES** la obligación de considerar para efectos de determinar si al demandante le asiste derecho a la pensión de vejez, los periodos reclamados en la demanda.

- **Sobre el régimen de transición pensional.**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional a favor de las personas que a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, 35 años para las mujeres, o 15 años o más de servicios cotizados.

Posteriormente, el Acto Legislativo 1° de 2005 limitó la vigencia del régimen de transición por cuanto indicó que perdería su vigencia al 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que acreditan que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tienen 750 o más semanas cotizadas, a favor de quienes la norma extendió el régimen de transición hasta el 2014, siendo la fecha límite el 31 de diciembre de 2014 conforme la posición de la H. CSJ, recientemente reiterada en la sentencia SL4040 de 2019, SL5577 de 2021, SL009 de 2022, entre otras.

En el presente asunto, revisada la historia laboral del demandante y considerando que no se accederá a la suplicar del apelante de declarar la responsabilidad solidaria de **ECOPETROL S.A.** ni el deber de **COLPENSIONES** de considerar los tiempos reclamados por falta de afiliación, se acredita que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005 solo acumulaba 549 semanas cotizadas, por lo cual no pudo extender el régimen de transición y éste finalizó el 31 de

julio de 2010, momento en el cual el accionante aún no cumplía 60 años, por tanto, no cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional (fl. 193 a 205).

- **Sobre las inconformidades de la intervención del ISS en el proceso de liquidación obligatoria del empleador**

En el recurso de apelación se indicó que el extinto ISS hoy **COLPENSIONES** y **ECOPETROL S.A.** omitieron aplicar el artículo 13 de la Ley 171 de 1961 regulado por el artículo 11 del Decreto 426 de 1968 durante la liquidación de AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., así mismo, que la administradora de pensiones no aplicó el artículo 2° del Decreto 2677 de 1971.

Al respecto, sea lo primero indicar que no era viable aplicar el artículo 2 del Decreto 2677 de 1971, por cuanto la conmutación pensional solo opera en el evento que la pensión ya este reconocida por el empleador, lo cual no es el caso del demandante.

Respecto la inconformidad por la presunta omisión en el uso de garantías para el pago de futuras pensiones, advierte que dicha controversia puede eventualmente generar responsabilidades de aquellas autoridades que intervinieron en el proceso de liquidación, asunto que no hace parte de aquellos sobre los cuales tiene competencia el Juez Laboral conforme el artículo 2° CPTSS y que además no fue señalado en la fijación del litigio por parte de la *a quo*, instante en el cual el apoderado de la parte demandante guardó silencio y no interpuso ningún recursos, por lo cual esta Sala se releva de efectuar cualquier pronunciamiento al respecto.

De conformidad con lo considerado, la Sala confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 10 2019 00167 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR Y COLFONDOS y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LILIANA PAOLA ZABARAIN PEREIRA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 28 de diciembre de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 22 de octubre de 1991 y el 28 de febrero de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 376.71 semanas; que el 21 de enero de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 7 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite para regresar; que el 6 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad e inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir (fls. 232 a 237).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 administrador por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 276 a 292).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 327 a 352).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la vinculación de la demandante señora LILIANA PAOLA ZABARAIN PEREIRA a la soledad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, mediante la suscripción de afiliado realizada el 1/03/1999 así mismo la ineficacia del subsiguiente traslado realizado por la demandante 07/09/1999 a AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, se declare ineficaz el traslado del RPS al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motive. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliado de la demandante señora LILIANA PAOLA ZABARAIN PEREIRA al régimen de prime media con prestación definida administrado por*

COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motive. ***TERCERO: CONDENAR*** *a ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliado de la señora LILIANA PAOLA ZABARAIN PEREIRA, cotizaciones, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de gastos y cuotas de administración indexados con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia. como 425* ***CUARTO: CONDENAR*** *a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LILIANA PAOLA ZABARAIN PEREIRA, realizar la devolución de gastos y cuotas de administración indexados con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados corresponda a lo ordenado en esta sentencia de conformidad a la parte motiva.* ***QUINTO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora LILIANA PAOLA ZABARAIN PEREIRA, provenientes de la AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A. revise que la devolución de rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral del demandante para efectos de pensión, de conformidad a la parte motiva de esta providencia* ***SEXTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.* ***SEPTIMO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a AFP COLFONDOS S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría*

practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agendas en Derecho la suma de $ 900.000 ***OCTAVO:*** *De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no se configura causal de ineficacia alguna en el caso bajo estudio, en cuanto la entidad cumplió de manera plena con las obligaciones a su cargo como administradora y

ello se refleja en la suscripción del formulario de afiliación por parte de la demandante, documento plenamente válido en cuanto no fue tachado y corresponde a la manifestación de voluntad de la actora. Sobre la devolución de los gastos de administración aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la ineficacia de traslado declarada.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos. En dado caso definir si es procedente la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 28 de diciembre de 1962 (fl. 47); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 22 de octubre de 1991 y el 28 de febrero de 1999 por un total de 376.71 semanas (fl. 15); ***iii)*** que el 21 de enero de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS (fl. 354); ***iv)*** que el 7 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 354); ***v)*** que el 6 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 40).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre,

espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad

social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos,

convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LILIANA PAOLA ZABARAIN PEREIRA se trasladó a la AFP COLFONDOS el 21 de enero de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, audio, min. 29:06), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de COLFONDOS, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta. Señaló que en general no se le dio información detallada sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del

deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, que no es suficientemente claro en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las

vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada para disponer que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada salvamento de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LILIANA PAOLA ZABARIN PEREIRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00167 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11 2019 00537 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA CECILIA RIVERA AREVALO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 30 de julio de 1966; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 11 de junio de 1985 y el 31 de octubre de 1997, y cotizó a dicha entidad un total de 497.14 semanas; que el 08 de octubre de 1997, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 19 de julio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público (Pdf.1, fls. 130 a 159).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Pdf.1, fls. 169 a 207).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante MARTHA CECILIA RIVERA ARÉVALO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. **SEGUNDO. ORDENAR** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros. **CUARTO: ORDENAR** a PORVENIR S.A realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS. **QUINTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SÉPTIMO: COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente. **OCTAVO: CONSULTAR** esta sentencia con el superior, Sala Laboral del*

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S."

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la entidad cumplió con la obligación de información que se exigía para ese momento en que el actor decidió trasladarse, que no puede imponerse a la entidad una carga desproporcionada sobre este punto, frente a aspectos imposibles de predecir en ese momento. Señala, que el juez no realizó una valoración adecuada del formulario de afiliación, el cual cumple con los parámetros que definía la Superintendencia Financiera de la época. Agregó, que si el efecto de la ineficacia es regresar las cosas al estado en que se encontraban, no ha debido ordenarse la devolución de los rendimientos porque finalmente éstos no se habrían configurado. Sobre los gastos de administración, señaló que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, que además debe tenerse en cuenta operó la excepción de prescripción frente a la devolución de los gastos de administración. Finalmente, agrega que debe

condenarse en costas a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que dicha entidad también resultó vencida dentro del proceso.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó a la actora con la AFP PORVENIR, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria. Agregó, que al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incursa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR S.A. presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, asi como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 30 de julio de 1966 (Pdf.1, fl. 32); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 11 de junio de 1985 y el 31 de octubre de 1997, por un total de 497.14 semanas (Carpeta 2, Pdf.); ***iii)*** que el 8 de octubre de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (Pdf.1, fl. 28); ***iv)*** que el 19 de julio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf.1, fl. 68).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre,

espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARTHA CECILIA RIVERA AREVALO se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 8 de octubre de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 17:26), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba como directora de oficina en el Banco Gran Ahorrar, hoy BBVA, que un día acudió a su oficina un asesor de HORIZONTE para que le permitiera hacer una reunión con los trabajadores de dicha oficina y tratas asuntos relacionados con el traslado a este fondo, que se reunieron en un salón con los asesores de HORIZONTE, la cual duró aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que además tendrían mayores beneficios pensionales.

Tampoco se deduce nada al efecto de lo manifestado por el testigo LUIS FERNANDO RIVERA AREVALO (audio, min. 41:18),

pues al efecto solo manifestó que no estuvo presente en el momento en que su hermana efectuó el traslado de régimen pensional.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Cúmplo lumo Mur M
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de obs.
11-2019-00537-01.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA CECELIA RIVERA AREVALO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00537 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrados Ponentes

Radicado N° 12 2019 00330 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la tercera *ad excludendum* y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 20 de enero de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la

pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge ORLANDO BERNAL ALVARADO. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 19 de noviembre de 2018, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que contrajo matrimonio con ORLANDO BERNAL ALVARADO por el rito católico el 18 de noviembre de 1977; que dentro del matrimonio procrearon dos hijos y el causante tenía 2 hijos por fuera del matrimonio, que al momento del fallecimiento de ORLANDO BERNAL sus cuatro hijos eran mayores de edad; que mediante Resolución N° 038413 de 2004 el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez al causante; que ella se encuentra pensionada desde el año 2008 y desde ese momento los gastos del hogar eran compartidos; que durante los tres últimos años de vida de ORLANDO BERNAL, éste comenzó a sufrir varios problemas de salud y por ello debió ser hospitalizado en diversas ocasiones; que durante el tiempo de enfermedad de su esposo lo acompañó y le brindó todos los cuidados necesarios; que el causante era consumidor habitual de alcohol y de sustancias alucinógenas; que debido al problema de alcoholismo y drogadicción el trato hacía ella fue cada vez más malo, hasta que para el año 2012 la convivencia se hizo insostenible; que por ello a finales del año 2012 se separaron de hecho, no obstante, seguía pendiente del cuidado y salud del causante y de acompañarlo a sus controles médicos.

Afirmó que para alejar a su esposo un poco de los vicios, viajaban constantemente a una finca que tenían en Tabio, sin embrago, durante el último año el causante no quería salir más y se la pasaba en cedritos, en un apartamento propiedad de su hija. Señaló que la noche anterior al día 19 de noviembre de 2018, sus hijos y ella habían acompañado a su esposo en la clínica Shaio y

posteriormente al visitarlo en el apartamento donde vivía, lo encontraron muerto; que en su calidad de cónyuge solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y esta entidad mediante Resolución SUB 70733 del 21 de marzo de 2019 resolvió desfavorablemente la solicitud, teniendo en cuenta que también se había presentado a reclamar el derecho AMELIA MARIA JIMENEZ ROJAS, que dicha señora nunca convivió con el causante y la única relación que existía entre ellos era la de arrendador y arrendataria. Finalmente indicó que el causante y ella nunca abandonaron sus deberes y cuidados como esposos, tanto así que para el momento del fallecimiento de su esposo, continuaba cuidando de él.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante la fecha de fallecimiento y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe (fls. 63 a 65).

AMELIA MARIA JIMENEZ ROJAS, presentó demanda de intervención *ad excludendum*. Al efecto solicitó que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del causante en su condición de compañera permanente.

Fundamentó sus peticiones en que inició a convivir con el causante en octubre del año 2001, cuando ella tenía 19 años y él 58 años de edad; que la convivencia se mantuvo de manera ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento del causante; que

durante el tiempo juntos vivieron en diferentes lugares de Bogotá; que la vida en pareja fue notoria ante familiares y amigos; que a causa de los problemas de alcoholismo y drogadicción que tenía el causante el trato de él hacía ella en ocasiones no era el mejor; que ella fue la ayuda y apoyo del causante durante su enfermedad y por esta razón conoció a los cuatro hijos del causante; que en una ocasión tuvo que suscribir un contrato de arrendamiento con el causante respecto de un bien inmueble ubicado en Chapinero, pues él necesitaba justificar más ingresos para negociar las deudas que tenía de ese inmueble ante el Acueducto y otras entidades. Señaló que convivieron en la carrera 7B con 138; que con posterioridad se hizo cargo del inmueble de Chapinero y empezó a vivir ahí, alternándose en los dos lugares, pues la convivencia con el causante, en ocasiones resultaba imposible, por su consumo de drogas y las fiestas que solía hacer. Refirió que en el último tiempo de vida del causante convivieron en la carrera 7B con 138, lugar del que no ha podido sacar sus pertenencias, pues una vez falleció ORLANDO BERNAL no volvió a ese lugar; que ha solicitado a las hijas de ORLANDO que le dejen retirar sus pertenencia y no ha sido posible (Cd. 1, archivo 3).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 20 de enero de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante una pensión de sobrevivientes. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del pensionado fallecido el señor Orlando Bernal Alvarado a partir del día 19 de noviembre de 2018, a favor de la demandante Claudia María Vázquez Giraldo como*

cónyuge supérstite en el 100% de la suma que venía siendo pagada al momento del fallecimiento. ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES a pagar a favor de la señora Claudia María Vázquez Giraldo, la pensión de sobrevivientes a partir del día 19 de noviembre del año 2018, con los reajustes anuales correspondientes y hasta su inclusión en nómina y continuará pagando, hasta que subsistan las causas que le dan origen, autorizando los correspondientes descuentos en salud. Este retroactivo debe ser debidamente indexado.* ***TERCERO: ABSOLVER*** *a COLPENSIONES de las demás súplicas de la demanda incoadas por la demandante Claudia María Vázquez Giraldo.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a COLPENSIONES de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la interviniente excluyente, la señora Ana María Jiménez rojas.* ***QUINTO: DECLARAR*** *probada la excepción de inexistencia de derechos de la obligación, frente a las pretensiones incoadas con la señora Almería María Jiménez rojas y no aprobadas en las en lo que es objeto de condena, respecto de la señora Claudia María Vázquez Giraldo.* ***SEXTO:*** *sin condena en costas en la instancia del presente fallo queda legalmente notificado a las partes."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante o la tercera *ad excludendum*, acreditaron la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes que reclaman. Para resolverlo indicó que de acuerdo a lo definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de la cónyuge, es procedente verificar que los 5 años de convivencia que exige la norma, se hayan dado en cualquier tiempo, mientras que la compañera permanente debe acreditar los 5 años anteriores al momento del fallecimiento. Señaló que las pruebas aportadas al expediente acreditan que la demandante CLAUDIA MARIA VASQUEZ convivió por más de 5 años con el causante y que si bien se encontraban separados de hecho, el matrimonio y la sociedad se encontraban vigente y se mantenían en una relación de ayuda mutua. Frente a la condición de beneficiaria de AMELIA MARIA JIMENEZ, dijo que las pruebas aportadas no acreditan de manera suficiente, que la pareja hubiere convivido dentro de los 5 años

anteriores al fallecimiento, ni la existencia de una comunidad de vida entre las parte y por ello reconoció a la demandante la pensión de sobrevivientes en un 100%.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la tercera *ad excludendum* interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se le otorgue la prestación solicitada. Para sustentar el recurso, aduce que las pruebas aportadas al expediente acreditan de manera suficiente su condición de compañera permanente del causante, que lo ayudó, le brindó apoyo y vivieron bajo el mismo techo, que por razón de su adicción a las drogas se vio obligada a ausentarse del domicilio mientras él se recuperaba pero en realidad siempre mantuvieron la relación de ayuda mutua de una pareja real.[1]

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la sentencia de primera instancia, en cuanto ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 100%.

---

[1] *"Señor juez interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el honorable despacho y dentro de esta misma oportunidad procesal, sustento los términos de mi recurso en los siguientes términos, me aparto totalmente de la decisión tomada por el despacho, teniendo en cuenta que mi mandante y con las pruebas aportas al proceso, demostró fehacientemente ser la compañera permanente del señor Orlando Bernal Alvarado, que lo acompañó, lo ayudó, lo compartió, vivió en el mismo inmueble con él, en las diferentes unidades de vivienda, que por razones de su situación de dependencia a las drogas y al alcohol, se vio precisada ella, en ausentarse del domicilio mientras él volvía a quedar en su estado normal, ella lo hacía de esta manera teniendo en cuenta la salud, física, moral de la señora Amelia María Jiménez Rojas y de su hija María Camila, adicional a ello ha dicho también la Corte Suprema de Justicia que la convivencia sí se dio, en todas las formas en que se tiene que dar una convivencia, se acompañaron, se ayudaron, estuvieron los 2, lo acompañó al médico, estuvo con él hasta el momento en que el fallece. Por tanto, señor juez adicionare los términos de mi recurso, en el momento en que se llegue al Tribunal muchas gracias."*

La apoderada de la tercera *ad excludendum* solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto, reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la demandada COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de primera instancia, en cuanto no es procedente aplicar la regla referida a que la cónyuge puede acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, pues la norma señala claramente que éstos deben ser anteriores al fallecimiento.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si la demandante CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO y la tercera *ad excludendum* AMELIA MARIA JINENEZ ROJAS acreditaron la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes que reclaman.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que ORLANDO BERNAL ALVARADO falleció el día 19 de noviembre de 2018 (fl. 13); ***ii)*** que mediante Resolución N° 038413 del 24 de noviembre de 2004 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció al causante una pensión de vejez a partir del 22 de febrero de 2003, en cuantía inicial de $2.317.433

(fl. 19); ***iii)*** que el causante y la demandante CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO se encontraban casados desde el 18 de noviembre de 1977 (fl. 15); ***iv)*** que mediante Resolución SUB 70733 del 21 de marzo de 2019, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante y a la tercera ad excludendum (fls. 16 a 18).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 19 de noviembre de 2018, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual

tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Así mismo, conviene precisar sobre este aspecto, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tratándose de la cónyuge supérstite con el vínculo legalmente vigente, los cinco años de convivencia pueden acreditarse en cualquier tiempo y no necesariamente a la fecha del fallecimiento del causante. Al efecto, esa alta Corporación en la sentencia de radicado 24445 del 10 mayo de 2005, reiterada en providencia SL 3747-2018 dijo:

"Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que

es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención".

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó la pensión de sobrevivientes en favor de AMELIA MARIA JIMENEZ ROJAS y definió la existencia del derecho en favor de CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que AMELIA MARIA JIMENEZ ROJAS, no acreditó tener conformado un núcleo familiar estable y con vocación de permanencia con el causante, para la fecha de su fallecimiento. Si bien, la prueba documental allegada al proceso por AMELIA MARIA y las declaraciones extra proceso aportadas al expediente (Cd. 4, Pdf. 4, fls. 103 a 107), podrían ser indicativos de que entre el causante y AMELIA MARIA existió una relación de convivencia, no es posible establecer que dicha relación hubiere estado vigente dentro de los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento de ORLANDO BERNAL.

En efecto, los documentos aportados, tales como extractos de pensiones del año 2002 de AMELIA MARIA, extractos de tarjetas de crédito de septiembre de 2009 dirigidos a la Calle 141 N° 15-02, donde la tercera *ad excludendum* afirma inició a convivir con el causante (Fls. 34 y 35, Pdf. 4 Cd.4), y diversos extractos bancarios y otros documentos posteriores dirigidos a AMELIA y al causante en febrero de 2012, noviembre 2014, febrero de 2013, diciembre de 2015, noviembre de 2016, a la Carrera 7B N° 138-16, apartamento 502 B (Cd. 4, Pdf. 4), son indicativos de que para estas calendas la pareja compartía el lugar de residencia, lo cierto es que estos documentos por sí solos no acreditan la convivencia, ni el tipo de relación que existía, ni mucho menos pueden tenerse como prueba suficiente de la existencia de convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

Ahora bien, tampoco puede tenerse como prueba suficiente del término de convivencia lo dicho por ERNESTO RODRIGUEZ JARAMILLO, JAIRO DE JESUS GUZMAN LAGOS y MARIA CAMILA ROMERO JIMENEZ en declaraciones extra proceso rendidas el 29 y 30 de octubre de 2019, respectivamente, pues aunque dichas personas manifiestan de manera muy específica que la convivencia del causante y AMELIA MARIA JIMENEZ ROJAS inició el 31 de octubre de 2001 y finalizó cuando falleció el causante, lo cierto es que los deponentes no dan mayor explicación de las razones por las cuales les consta tal hecho, en cuanto solo refieren haber sido amigos del causante y la última ser la hija de AMELIA MARIA, pero en manera alguna dan información detallada de la convivencia, ni refieren por lo menos si ello les consta porque frecuentaban la vivienda del causante o porque los veían de manera constante juntos como una pareja, o porque en los últimos días del causante les constaba por alguna razón que AMELIA MARIA cuidaba de él o lo asistía en lo que pudiera necesitar. A juicio de la Sala, las manifestaciones generales que realizan dichas personas en manera alguna pueden resultar en prueba suficiente de la existencia de la convivencia referida, menos aun cuando no existen otros medios probatorios que así lo constaten.

Resulta además particularmente relevante señalar en este punto, que contrario a las manifestaciones realizadas por las personas referidas en precedencia, JUAN CAMILO BERNAL FIGUEROA (CD. 4 min. 21:06) sobrino del causante; SANTIAGO BERNAL VASQUEZ (CD. 4 min. 45:57) hijo del causante y de la demandante; ORLANDO ANDRES BERNAL NIÑO (CD. 4 hora 01:20:41) hijo del causante; y MARIA CECILIA ROJAS FUENTES (CD. 4 hora 01:44:26) persona del servicio doméstico del causante; manifestaron de manera clara y coincidente por la relación de cercanía que tuvieron con el causante durante sus últimos meses de vida, por ser familia y la última de ellas por ser la persona que

realizaba las labores de servicio en la casa donde vivó el causante; que ORLANDO BERNAL ALVARADO vivió durante sus últimos años de vida en un apartamento ubicado en la carrera 7B N°138-16, apartamento 502 B, de propiedad de su hija Juliana, que allí vivía solo, que nunca vieron que conviviera con ninguna persona en dicho lugar, ni que hubieran pertenencias de alguna mujer en el apartamento; además que si conocían a AMELIA MARIA, pero como una amiga del causante.

En lo que respecta al testimonio rendido por ELISANDRO ROMERO (CD. 4 min. 04:36), quien afirmó conocer a la pareja conformada por el causante y AMELIA MARIA por trabajar en un parqueadero ubicado en Chapinero en frente de una casa de propiedad de la familia del causante, y por ello constarle que éstos convivieron en dicho inmueble como pareja porque los veía entrar y salir y que aunque él nunca ingresó a la vivienda, sabía que la relación que entre ellos existía era la de compañeros. No obstante, para la Sala, aunque las afirmaciones de esta persona pueden indicar la existencia de una relación entre el causante y AMELIA MARIA, no resulta relevante al efecto su dicho, pues no señaló de manera clara las fechas en que esto ocurrió, ni indicó si le constaba que la relación entre estas dos personas se hubiera extendido hasta el momento en que el causante falleció, hecho relevante para el objeto de la controversia.

Por todo lo anterior, resulta claro para la Sala que AMELIA MARIA JIMENEZ ROJAS no acreditó haber convivido con ORLANDO BERNAL ALVARADO dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento, pues las pruebas aportadas no resultan suficientes para concluir con certeza dicho hecho, sino que solo pueden indicar que en algún momento dichas personas tuvieron algún tipo de relación sentimental. Como el hecho generador de la condición de beneficiaria de la prestación que se reclama es precisamente este tiempo de convivencia, se confirmará la decisión de primera

instancia que negó el reconocimiento de la prestación a la tercera *ad excludendum.*

Ahora, sobre el derecho de la demandante en su condición de cónyuge supérstite del causante, la Sala encuentra acreditado que si bien ORLANDO BERNAL ALVARADO y CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO, no convivían bajo el mismo techo al momento del fallecimiento, éstos tenían una relación de ayuda y apoyo mutuo y de todas formas se demostró la existencia de convivencia de por más de 5 años en cualquier tiempo, como lo señala la jurisprudencia referida.

Al efecto, es pertinente señalar que CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO y el causante, contrajeron matrimonio el día 18 de noviembre de 1977 (fl. 15), vínculo que se mantuvo vigente hasta el fallecimiento de ORLANDO BERNAL ALVARADO.

Del interrogatorio de parte rendido por la demandante (CD. 3 min. 15:02), se deduce que la convivencia con el causante no se mantuvo hasta el fallecimiento sino que se dio aproximadamente diez años antes, cuando la pareja decidió de común acuerdo que vivirían en lugares separados por el bien de sus hijos, dados los problemas de alcoholismo y drogadicción que tenía el causante.

Las afirmaciones anteriores resultan coincidentes con lo manifestado por JUAN CAMILO BERNAL FIGUEROA (CD. 4 min. 21:06) sobrino del causante; SANTIAGO BERNAL VASQUEZ (CD. 4 min. 45:57) hijo del causante y de la demandante; y ORLANDO ANDRES BERNAL NIÑO (CD. 4 hora 01:20:41) hijo del causante, quienes de manera coincidente señalaron que su padre y tío, padecía problemas de drogadicción. De forma particular SANTIAGO BERNAL VASQUEZ, indicó que recuerda que los problemas de alcohol y drogas que padecía su padre llevaron a que la pareja se separara, pues vivían en una relación insostenible que como hijos

los afectaba mucho y por ello su papá se fue de la casa, hecho que ocurrió por lo menos 10 o 12 años antes del deceso de su padre.

SANTIAGO BERNAL VASQUEZ y ORLANDO ANDRES BERNAL NIÑO, manifestaron puntualmente que CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO mantuvo una relación de apoyo y ayuda con su padre, que lo visitaba constantemente en su lugar de residencia y que junto con ellos, sus hijos, lo ayudó y acompañó durante su tiempo de enfermedad, dijeron además que el día del fallecimiento de su padre fueron precisamente CLAUDIA MARIA y su hermana Juliana, quienes lo encontraron muerto en el apartamento de la carrera 7B N° 138-16, donde él vivía desde hace varias años, que dicho apartamento era de propiedad de su hermana Juliana y como familia habían acordado que su padre viviera ahí para poder estar pendiente de él, teniendo en cuenta que por sus problemas de adicción no podía convivir con su madre.

De las anteriores declaraciones, es posible establecer que la pareja conformada por el causante y CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO, convivió por lo menos desde el momento del matrimonio, esto es desde el 18 de noviembre de 1977, hasta el año 2006, es decir, doce años antes del fallecimiento del causante, y que pese a que la convivencia cesó, mantuvieron una relación de ayuda y apoyo, lo que a juicio de la Sala otorga la condición de beneficiaria de la prestación reclamada a la demandante.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama en favor de CLAUDIA MARIA VASQUEZ GIRALDO, y la reconoció a partir del 19 de noviembre de 2018, fecha de fallecimiento del causante, y autorizó los descuentos relacionados con los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, conviene precisar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de Decisión; no obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador inicial para modificar la decisión de primera instancia, disponiendo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en 13 mesadas anuales, en virtud del grado jurisdiccional de consulta y considerando que dicho derecho se causó con posterioridad a la expedición del Acto legislativo 1° de 2005, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL4213 de 2020, SL 4663 de 2020, SL5167 de 2020, SL2835 de 2021, SL2986 de 2021, entre otras.

- **Sobre el número de mesadas de la pensión de sobrevivientes.**

Teniendo en cuenta que la ponencia del sustanciador inicial fue desestimada en cuanto al número de mesadas, considera la Sala que la pensión de sobrevivientes se generó con ocasión del fallecimiento de un pensionado, quien en virtud de la Resolución N° 038413 del 24 de noviembre de 2004 expedida por el ISS hoy COLPENSIONES (fl. 19) accedió a la pensión legal de vejez, en 14 mesadas anuales en virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión de sobrevivientes es un derecho derivado de la pensión de vejez cuando el causante es pensionado, por tanto, la transmisión se realiza en un 100% incluido el número de mesadas anuales que devengaba el pensionado, tal y como ha indicado en las sentencias SL2141 de 2021, radicación 74090, SL5141 de 2019, Radicación 68121, entre otras.

De tal manera que al encontrarse acreditado que el causante adquirió el derecho a la pensión a partir del 22 de febrero de 2003, la pensión de sobrevivientes que se transmite por el fallecimiento

corresponde a catorce mesadas y al 100% de la mesada que venía percibiendo el pensionado y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaro Voto

ACLARACIÓN DE VOTO

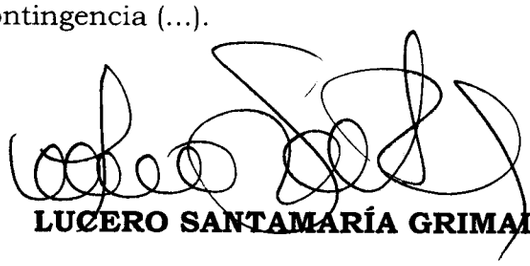
Magistrados ponentes: Ángela Lucía Murillo Varón y Hugo Alexander Ríos Garay.

Radicación n° 1220190033001

De: Claudia María Vásquez Giraldo contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpesiones.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, creo necesario aclarar mi voto, en tano no comparto la consideración de la mayoría, de que la acreditación de cinco (5) años de convivencia anteriores a la muerte es exigible para compañero(a) y/o cónyuge, tanto del afiliado como del pensionado, pues estimo que en los términos en que está redactado el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la prestación de sobrevivientes, no se requiere demostrar ningún tiempo mínimo de cohabitación, en tratándose de un afiliado que fallece. Así lo ha asentado la Sala de Casación Laboral en las sentencias CSJ SL1730-2020, CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021 y CSJ SL5270-2021, entre muchas más. En esta última discurrió:

> [...] para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo ***mínimo*** de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto *en el literal de la norma analizado*, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia (...).



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrados ponentes: Ángela Lucía Murillo Varón y Hugo Alexander Ríos Garay.

Radicación n° 1220190033001

De: Claudia María Vásquez Giraldo contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpesiones.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, creo necesario aclarar mi voto, en tano no comparto la consideración de la mayoría, de que la acreditación de cinco (5) años de convivencia anteriores a la muerte es exigible para compañero(a) y/o cónyuge, tanto del afiliado como del pensionado, pues estimo que en los términos en que está redactado el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la prestación de sobrevivientes, no se requiere demostrar ningún tiempo mínimo de cohabitación, en tratándose de un afiliado que fallece. Así lo ha asentado la Sala de Casación Laboral en las sentencias CSJ SL1730-2020, CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021 y CSJ SL5270-2021, entre muchas más. En esta última discurrió:

> [...] para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo ***mínimo*** de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto *en el literal de la norma analizado*, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia (...).

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 12 2019 00368 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

HENRY LOZANO MONTERO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañera permanente NIDIA AMANDA MUÑOZ CHAVES. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 26 de abril de 2001 y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que la causante NIDIA AMANDA MUÑOZ CHAVES nació el 22 de diciembre de 1966; que falleció el 26 de abril de 2001 y se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES. Señaló que convivió en unión marital de hecho con la causante hasta el día de su muerte; que la convivencia se produjo de manera ininterrumpida y siempre se auxiliaron de manera mutua; que NIDIA AMANDA MUÑOZ antes de fallecer no tenía pensión reconocida; que la causante antes del deceso ingresó al Hospital San José el día 20 de abril de 2001 por una neumonía crónica y falleció el 24 de abril de 2001 cuando tenía 34 años de edad; que la causante aportó a pensión durante todo su vida laboral un total de 213 semanas; que en su oportunidad solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y dicha entidad mediante Resolución SUB 67861 del 13 de marzo de 2018 negó la prestación al considerar que NIDIA AMANDA MUÑOZ no dejó causada la pensión de sobrevivientes, decisión que fue confirmada por la entidad mediante Resolución DIR 8473 del 2 de mayo de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de fallecimiento de la causante, su condición de afiliada a dicha entidad y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Cd. 2, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por el señor que Henry Lozano Montero, conforme la parte motiva de la presente decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación, relevándose el despacho de cualquier otro tipo análisis. **TERCERO: SIN CONDENA** en costas de la instancia. **CUARTO:** En caso no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si NIDIA AMANDA MUÑOZ dejó causada la pensión de sobrevivientes que se reclama y en dado caso establecer si el demandante tiene la condición de beneficiario de dicha prestación. Para resolverlo indicó que la causante no cumplía con la densidad de semanas que exige la Ley 100 de 1993 para dejar causada la pensión de sobrevivientes. Señaló además que tampoco es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa al caso en estudio, porque la causante tampoco acreditaba el número de semanas que exige el Acuerdo 049 de 1990 para dejar causada esta pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se reconozca la prestación solicitada. Para sustentar el recurso, aduce que debe aplicarse el contenido de la sentencia SL 11548-2015 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que define de manera clara la aplicación del Acuerdo 049

de 1990 en materia de pensión de sobrevivientes y establece que es procedente que el causante acredite 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Señala además, que según lo define el Acuerdo 049 de 1990, la pensión también se causa para las personas que tienen la condición de inválidos y al revisar la historia laboral de la causante se advierte que dejó de cotizar en el año 1997 porque padecía una enfermedad, que posteriormente en el año 2001 le ocasionó la muerte. Dice que el juez de primera instancia no accedió a la solicitud relacionada con la elaboración de un dictamen de pérdida de capacidad laboral que definiera el estado de invalidez de la causante, elemento probatorio necesario para determinar que la causante falleció por la enfermedad que padecía y determinar que tenía la condición de inválida. Aduce que de este hecho podría deducirse que habría causado la pensión de invalidez, pues tenía cotizadas más de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez, que se dio en el año 1997, y de esta forma sería procedente la sustitución de la pensión a su compañero.[1]

---

[1] *"Gracias su señoría con todo respeto no comparto el fallo, proferido por el juzgado 12 laboral del circuito el día de hoy 22 de febrero de 2020 y por ende presento recurso de apelación, argumentando en este momento presentando mis argumentos y sustentándolo de la misma manera, en primer lugar no se tuvo en cuenta, que mencioné en mis alegatos del artículo sexto de los requisitos de la pensión de invalidez, derecho que tienen las personas con una pensión de invalidez de origen común, que son en: A ser inválido permanente total, inválido permanente absoluto, gran inválido y B haber cotizado para el seguro de invalidez vejez y muerte 150 semanas, dentro de los 6 años anteriores a la fecha de esta invalidez, en esa instancia también mencione la sentencia SL- 11548 del 2015 que porque así dice este en este aparte, así las cosas de conformidad con lo acreditado en el proceso, el causante no satisfizo en ninguna de las hipótesis del artículo 25 del acuerdo 049 del 90, en armonía con el sexto ídem para acceder a las causavientes el derecho pensional reclamado con base en las exigencias en este ordenamiento, haciendo énfasis en que las 150 semanas del segundo condicionamiento, se cumple conforme a la nueva postura jurisprudencial como ya fue transcrita por el señor Juez, 2 precisiones cabe hacer entonces sobre el criterio jurisprudencial vigente, en torno a que las 150 semanas, así la primera para quienes fallecen antes del 31/03/2000, pero después del 01/04/94 en haber cumplido con esa densidad, dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia la ley 100 del 93, igualmente habla también para quienes fallecen después del 31/03/2000, deben haber satisfecho esa densidad, dentro de los 6 años anteriores al 01/04/94 e igualmente en esa misma densidad, entre el 01/04/94 y el 31/03/2000 y sin embargo tampoco se tuvo en cuenta, la solicitud que hice al señor juez esa la valoración, de la pérdida de capacidad laboral ante la junta nacional de calificación de invalidez, por qué razón insisto, porque la señora dejó de cotizar en 1997 porque padecía de una enfermedad, una enfermedad, que la llevó desgraciadamente a su muerte, esa enfermedad que consistía por un diagnóstico de Neumonía basal izquierda, mixoma auricular izquierdo, encefalopatía y poxico secundaria bajo gasto, status convulsivo tónico crónico generalizado, es decir una persona fallece a sus 34 años, tenía consigo una enfermedad degenerativa y por esa razón insisto en que se realice en el estudio con base en las pruebas, que están en la presente demanda a fin de que la Junta certifique, si por esa razón falleció la señora y desde cuando tenía esa enfermedad, con eso se logra un objetivo que es con una pensión de invalidez y que los 6 años anteriores a 1997, si se cumplían para adquirir la pensión de invalidez y por ende la pensión de sobreviviente a cargo de su cónyuge supérstite, entonces por esa razón presento el recurso de apelación y los sustento en este mismo estrado muchas gracias".*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la demandada solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si NIDIA AMANDA MUÑOZ CHAVES dejó causada la pensión de sobrevivientes que reclama el demandante en este proceso.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que NIDIA AMANDA MUÑOZ CHAVES falleció el día 25 de abril de 2001 (Pdf. 8, exp. Administrativo, Cd. 3); ***ii)*** que la causante cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, 208.71 semanas entre el 25 de octubre de 1989 y el 31 de enero de 1997 (fl. 52); ***iii)*** que el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

y mediante Resolución SUB 67861 del 13 de marzo de 2018, dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 19 a 25).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Sin perjuicio de lo ya señalado, no es ajena esta Sala que en el tránsito de legislación de la pensión de sobrevivientes, no se consagró un régimen de transición, circunstancia que conllevó a que los afiliados que contaban con una expectativa legítima al contar con la densidad mínima de semanas fueran sorprendidos con el cambio de los requisitos que sobre dicha densidad eran exigidos. A fin de proteger las expectativas legítimas, se desarrolló jurisprudencialmente la figura de la condición más beneficiosa, a fin de aplicar la normatividad anterior en vigencia de la normatividad vigente.

Al respecto, La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la condición más beneficiosa no avala al juez el realizar una búsqueda histórica en aras de encontrar cualquier norma que en el pasado haya regulado la relación del afiliado con el sistema de seguridad social, por cuanto solo permite la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL2825, SL5314 y SL

5343 de 2019, providencias que reiteraron la posición adoptada en la sentencia SL Rad. 32.642 del 9 de diciembre de 2008.

En consecuencia, si el deceso del causante ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, como se da en el presente asunto (la causante falleció el 25 de abril de 2001), el principio de la condición más beneficiosa permite aplicar el régimen pensional inmediatamente anterior, a saber, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, siempre y cuando se cumplan las reglas adoptadas por la jurisprudencia para el efecto. Sobre esto último, conviene precisar que la sentencia SL4650 de 2017 solo estudió la aplicación de este principio frente al tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por ello, la Sala seguirá las pautas que reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4573-2021, al rememorar los supuestos fijados por la jurisprudencia en el pasado, entre otras en la sentencia de radicado 28893 del 4 de diciembre de 2006.

En la referida sentencia, esa Alta Corporación definió los parámetros que deben tenerse en cuenta para que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes puedan acceder a dicha prestación con aplicación de la legislación anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir de acuerdo a lo definido en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Al efecto, recordó que la norma citada contiene dos hipótesis, la primera de ellas, la que se refiere a las 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, que según ha dicho esa Corporación, deben estar satisfechas al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, sin lugar a considerarse las semanas cotizadas con posterioridad a este momento; y la segunda de ellas, la que se refiere a las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte del afiliado, que requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: ***i)*** que el causante tenga 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la fecha en que entró a regir la

Ley 100 de 1993; y ***ii)*** además registre 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

Teniendo en cuenta el anterior lineamiento jurisprudencial y una vez revisado el expediente se advierte que la causante NIDIA AMANDA MUÑOZ CHAVES falleció el 25 de abril de 2001, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por ello en aplicación del principio de la condición más beneficiosa procede el estudio de la prestación que se reclama bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990.

Al efecto, y dado que la afiliada, para la fecha del deceso solo había cotizado un total de 208.71 semanas (fl. 52), no estaría dentro de la primera hipótesis planteada por la jurisprudencia referida, y procede entonces verificar si tenía 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento. Sobre lo primero, se advierte que entre el 1° de abril de 1994 y el 1° de abril de 1988 (6 años antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993), NIDIA AMANDA MUÑOZ CHAVES contaba con 123.25 semanas cotizadas (fl. 52), densidad inferior a la requerida para la aplicación de esta norma por el principio de condición más beneficiosa. Sobre el segundo requisito, tampoco se encuentra cumplido, pues la causante falleció el 25 de abril de 2001 y su última cotización al sistema se efectuó el 31 de enero de 1997 (fl. 52), es decir, no contaba con cotización alguna dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que NIDIA AMANDA MUÑOZ CHAVES, no causó la pensión de sobrevivientes que reclama su compañero permanente, pues no cumple los requisitos definidos en la norma y la jurisprudencia para disponer el reconocimiento de la prestación.

Para responder el argumento de apelación que plantea el apoderado de la parte demandante, referido a que el juez de primera instancia no accedió a la solicitud de decretar como prueba, un dictamen que realizara la Junta Regional de Calificación de Invalidez que definiera que la causante tenía la condición de invalida desde el año 1997, y por ello habría dejado causada una pensión de invalidez que podría sustituirse, lo cierto es que, en primera medida, ningún reparo le mereció al apoderado de la parte demandante que el juez negara la solicitud de decretar como prueba de oficio dicho dictamen; segundo, se trata de una prueba que la parte actora no solicitó dentro de la oportunidad legal pertinente, aunque la consideraba de suma importancia para definir la existencia del derecho que reclama; y tercero, tampoco resultaba procedente la solicitud de pruebas en esta instancia, pues en los términos que define el artículo 83 del CPT y de la SS, la práctica de pruebas en segunda instancia es excepcional y solo resulta procedente cuando "*en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta*"; situación diferente a la que ocurrió en el caso bajo estudio, donde la prueba solicitada ni siquiera fue solicitada en el escrito de demanda.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado N° 14 2019 00432 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN, PORVENIR Y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CLAUDIA ELENA DÁVILA CALDERON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 5 de octubre de 1963, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 24 de noviembre de 1987 y el 22 de junio de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 336.86 semanas; que el 1° de julio de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN; que el 13 de enero de 2000, se trasladó a la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 23 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (Pdf.20).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones,

reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Fl. 12, Pdf.13).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (Fl. 4, Pdf.17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado, que hizo la demandante CLAUDIA ELENA DAVILA CALDERON, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **SEGUNDO. ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra vinculada*

actualmente la demandante, a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES, debiendo igualmente PROTECCION S.A., reintegrar a esta entidad los valores que cobró a título de administración, comisiones y demás. ***TERCERO. DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.* ***CUARTO.*** *CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandada la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y la A.F.P. PORVENIR S.A. Tásense."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación, para que se revoque la sentencia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que se realiza por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la labor de administración que realizó la entidad durante el tiempo que la actora estuvo afiliado, lo que se refleja en los rendimientos que obtuvo la cuenta de ahorro individual, que la devolución de tales valores no es procedente en cuanto deben ser tenidos como restitución mutua a favor de la AFP.

El apoderado de **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la actora está incursa en una prohibición legal para regresar al RPM y el traslado es válido porque suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, y que además, para la época no era obligación de los fondos documentar la información que daban a los afiliados.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PROTECCION solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 5 de noviembre de 1963 (fl. 3, Pdf.3); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 24 de noviembre de 1987 y el 22 de junio de 1994, por un total de 336.86 semanas (fl. 5, Pdf.4); ***iii)*** que el 23 de junio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (fl. 1, Pdf.13); ***iv)*** que el 13 de enero de 2000, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 17, Pdf.4); ***v)*** que el 23 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 6, fl. 7).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal

b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema

General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos,

convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora **CLAUDIA ELENA DÁVILA CALDERÓN** se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 23 de junio de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Audio 1, min. 10:08), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de DAVIVIR, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y tendría mayores garantías. Señaló, que en general no se le dio información detallada sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PROTECCIÓN en diligencia de interrogatorio de parte (audio1, min 35:05), pues al efecto sólo manifestó no haber

estado presente en el momento del traslado de la demandante y que no se encuentra documentado el tipo de información que se brindó porque para ese momento no era obligación legal guardar documentos sobre el particular.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la

decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. Como la sentencia de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de estos valores, se dictará la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia

en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** S.A. trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con

cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CLAUDIA ELENA DAVILA CALDERON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2019 00432 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 15 2019 00836 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

HARMIDA PARADA MESA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTPIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 30 de septiembre de 1965; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de agosto de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2000, y cotizó a dicha entidad un total de 185.29 semanas; que el diciembre de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, pero que la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 8 de noviembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público (Pdf. 8).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación a PORVENIR, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (Pdf. 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora HARMIDA PARADA MEZA, el día 1° de octubre del año 2000 con vigencia a partir del 1° de diciembre del año 2000 a la AFP PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a dicha administradora PORVENIR S.A., traslade o devuelva los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante junto con sus rendimientos a la administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, a esta a que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que alguna vez tuvo la señora HARMIDA PARADA MESA y acredite estos como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. **TERCERO: NO CONDENAR** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva. **CUARTO:** Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de **COLPENSIONES,** se remitirán las diligencias al Superior para que de conformidad con el artículo 69 de Código Procesal del Trabajo, el Honorable Magistrado a quien corresponda por reparto, lo considera procedente las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia

sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no se configura causal de ineficacia alguna en el caso bajo estudio, en cuanto la entidad cumplió de manera plena con las obligaciones a su cargo como administradora y ello se refleja en la suscripción del formulario de afiliación por parte de la demandante, documento plenamente válido en cuanto no fue tachado y corresponde a la manifestación de voluntad de la actora. Señala que en general la entidad ha cumplido sus obligaciones, enviando los reportes respectivos e informando a la demandante el estado de su cuenta de ahorro individual.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó a la actora con la AFP PORVENIR, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria. Agregó, que al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incursa dentro de una prohibición legal para

regresar al RPM y que disponer la ineficacia en el caso bajo estudio atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 30 de septiembre de 1965 (fl. 12, Pdf. 4); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de

agosto de 1996 y el 30 de noviembre de 2000, por un total de 185.29 semanas (Pdf. 4, fl. 27); ***iii)*** que el 1° diciembre de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (Pdf 4); ***iv)*** que el 8 de noviembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 4, Fl.13).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

		regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en

todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora HARMIDA PARADA MESA se trasladó a la AFP PORVENIR el 1° de diciembre de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio min. 11:13), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Alcaldía de Chita Boyacá, que los reunieron en un salón con asesores de PORVENIR, durante aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al

momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, la Sala para dar mayor claridad a la

decisión dictará el numeral primero de la decisión como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante HARMIDA PARADA MESA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR. En consecuencia, se ordena a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** trasladar a

COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HARMIDA PARADA MESA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2019 00836 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 15 2021 00140 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARCELA TERESITA OSORIO PIEDRAHITA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 7 de abril de 1960; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 14 de mayo de 1985 y el 30 de junio de 1994, y realizó cotizaciones a dicha entidad por un total de 484.14 semanas; que el 9 de mayo de 1994, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR; que al momento del traslado PORVENIR no le brindó información sobre las implicaciones del traslado, consecuencias, ventajas y desventajas del acto que estaba suscribiendo; que el 25 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del demandante y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad de traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin causa, improcedencia de costas e intereses moratorios en contra de COLPENSIONES, conmutación pensional, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (pdf 25).

La ADMINISTRADORA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia de la

obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 161 a 177, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 4 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP demandada trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante **MARCELA TERESITA OSORIO PIEDRAHITA** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 9 de mayo de 1994, a través de la administradora PORVENIR, como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a dicha administradora donde actualmente se encuentra afiliada, traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual de la señora **MARCELA TERESITA OSORIO PIEDRAHITA,** a la administradora de régimen de prima media **COLPENSIONES,** a que esta reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante, y los acredite como semanas efectivamente, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado al régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y **NO CONDENAR** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes. Conforme se expuso **TERCERO:** Si la presente providencia no fuera impugnada y dado el resultado desfavorable y la naturaleza de **COLPENSIONES,** se remiten las diligencias al superior, para que si al Magistrado a quien le corresponda por reparto lo considere procedente, las revise en el grado jurisdiccional de consulta."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que la AFP demandada hubiera cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado. El apoderado de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES, se remitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, conforme el artículo 69 CPT y de la SS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentra en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 7 de abril de 1960 (fl. 49, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 14 de mayo de 1985 y el 30 de junio de 1994, por un total de 484.14 semanas (fl. 85, Pdf. 1); ***iii)*** que el 9 de mayo de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 179 y 181, Pdf. 1); ***iv)*** que el 25 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fl. 107, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes

coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARCELA TERESITA OSORIO PIEDRAHITA se trasladó a la AFP PORVENIR el 9 de mayo de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 18:57), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, trabajaba como gerente del Banco Latino de Colombia, que llegaron asesores que iban pasando oficina por oficina a ofrecer afiliaciones a los fondos, que la reunión con esa persona duro aproximadamente 10 minutos y le dijeron que el ISS se iba acabar, que daban la oportunidad de pensionarse a menor edad y con una mesada mayor, que el formulario lo diligenció el asesor y no le dijeron nada más sobre el traslado.

Tampoco resulta relevante al efecto lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (audio1, min. 16:18), pues solo dijo que para el momento del

traslado no existía la obligación de documentar el tipo de información que se brindaba y que los asesores de la entidad se encontraban debidamente capacitados para atender las inquietudes y brindar la información requerida por el afiliado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello, acarrea para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL

del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el numeral primero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, el cual quedará de la siguiente forma: **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia se ORDENA a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARCELA TERESITA OSORIO PIEDRAHITA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00140 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 18 2019 00141 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se negaron las pretensiones restantes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

WALTER ANDRES GOMEZ GIL, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **INGENIERÍA DE TRANSFORMACIÓN DE PLÁSTICOS – INTERPLAS S.A.S.** Solicita que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 11 de enero de 2007 y el 1° de noviembre de 2017, el cual terminó de manera injusta por cuanto el actor padece una disminución física. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada al reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría, al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir,

indemnización prevista en la ley 361 de 1997, vacaciones, indexación y costas del proceso.

Subsidiariamente solicita que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto e indemnización moratoria.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 11 de enero de 2007 mediante contrato de trabajo a término indefinido; que desempeñaba el cargo de supervisor de producción nivel 1 y jefe de turno; que devengaba como salario la suma mensual de $1.292.000; que el día 31 de octubre de 2017, sufrió un accidente de trabajo que le causó una fractura en el dedo anular de la mano derecha; que pese a la afectación sufrida su empleador le ordenó continuar la labor e incluso laboró horas extras ese día; que la demandada solo reportó el accidente laboral hasta el 1° de noviembre de 2017; que ese día la demandada le hizo firmar un documento de transacción donde constaba que le entregarían un auxilio de $1.000.000; que el 7 de noviembre de 2017 fue atendido por parte de la ARL y fue incapacitado hasta el 15 de noviembre de 2017, por haber sufrido una fractura de falange distal en el cuarto dedo de la mano derecha; que el día 10 de noviembre de 2017 la demandada le consignó la suma de $2.780.900 por concepto de liquidación de prestaciones sociales; que la ARL AXA COLPATRIA le prorrogó la incapacidad hasta el día 7 de diciembre de 217; que el despido del que fue objeto es ineficaz, en cuanto, para ese momento, padecía de una disminución física.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INGENIERÍA DE TRANSFORMACIÓN DE PLÁSTICOS - INTERPLAS S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la existencia de una relación laboral, pero aclaró que dicha relación estuvo regida por un contrato de trabajo a término fijo que inició el

16 de julio de 2014, aceptó que el demandante sufrió un accidente de trabajo y negó los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento injusto, prescripción y compensación (Cd. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de noviembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo y negó las pretensiones restantes de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que entre las partes existe un vínculo contractual laboral a término fijo, desde el día 16 de julio de 2014 hasta el 1° de noviembre de 2017, de acuerdo con la parte motiva de este proveído. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la parte demandada, esto es, la empresa INTERPLAS S.A.S. INGENIERÍA DE TRANSFORMACIÓN DE PLÁSTICOS S.A.S de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, estos es, por el señor WALTER ANDRÉS GÓMEZ GIL, de acuerdo con la parte motiva de este proveído. **TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte actora, señálese como agencias el derecho la suma de $200.000 a favor de la empresa demandada. **QUINTO:** Contra esta sentencia sólo procede el recurso de apelación, en caso de que esta sentencia no sea apelada por la parte demandante, el despacho la remitirá al superior a efectos de que se surte el grado jurisdiccional de consulta, esta sentencia se notifica legalmente a las partes en estrados".*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si el contrato de transacción suscrito entre las partes para dar por terminado el contrato carece de validez y en dado caso establecer si la terminación del contrato se dio sin justa causa y el actor es beneficiario de la garantía prevista en la ley 361 de 1997. Para resolverlo indicó que las

pruebas del expediente acreditan que la relación laboral que existió entre las partes estuvo regida por un contrato de trabajo a término fijo desde el 16 de julio de 2014, que se prorrogó de manera sucesiva y terminó el 1° de noviembre de 2017 por el contrato de transacción que suscribieron las partes. Sobre la validez de dicho acuerdo señaló que no compromete derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, pues solo versa sobre la terminación del contrato de trabajo, dice además, que tampoco se demostró la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que afecte el contrato de transacción suscrito. Sobre la garantía prevista en la ley 361 de 1997, refirió que el actor no demostró el porcentaje de pérdida de capacidad que padece para establecer, en los términos que define la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, si su disminución es igual o superior al 15%, para entender que fuera destinatario de esta garantía, y definió que tampoco procede la indemnización por despido sin justa causa, pues la terminación del contrato se dio por mutuo acuerdo.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que de la lectura del acuerdo de transacción se deduce que este versa sobre la renuncia a la indemnización por despido sin justa causa, que no es un derecho de naturaleza renunciable, y por ello no es susceptible de ser transado. Señaló, que el acuerdo solamente plasma la voluntad del empleador de sustraerse en el pago de la indemnización que legalmente le corresponde al actor, pagando al actor solo una parte de lo que legalmente le correspondería por concepto de indemnización. Agregó que el valor definido en el acuerdo de transacción solo fue consignado hasta el 26 de febrero de 2018, lo que deja en evidencia la mala fe de la demandada y que tampoco tuvo en cuenta que para la fecha en que se firmó dicho acuerdo, 1° de noviembre de 2017, el actor se encontraba incapacitado como

consecuencia del accidente de trabajo sufrido y frente al cual la demandada no actuó con diligencia, pues no prestó los primeros auxilios necesarios desde el mismo momento en que ocurrió el accidente. Por último, señala que diversas sentencias de tutela de la Corte Constitucional han extendido la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997 no solo a las personas que presentan un grado de discapacidad sino aquellas que se encuentran incapacitadas, como ocurrió con el demandante[1].

---

[1] *"Gracias señor juez con el debido respeto y siendo esta la oportunidad correspondiente, manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia, que acaba de ser proferida por su despacho y como consecuencia, procedo a sustentar el mismo en los siguientes términos, como primera medida me refería a aquellos aspectos que no revisten mayor debate, en la medida que los mismos se encuentran acreditados dentro del plenario, así las cosas se puede establecer que entre el señor Walter Andrés Gomes y la empresa de transformación de plásticos S.A, existe contrato individual del trabajo, que con ocasiona un accidente laboral de fecha 31 de octubre de 2017, mi poderdante sufrió trauma por aplastamiento en su cuarto dedo de la mano derecha, fractura de la Falange distal conforme lo demuestra la certificación expedida, por AXA COLPATRIA de fecha 19 de marzo de 2020, igualmente a Folio 31, 32 y 33 del expediente, reposan incapacidades médicas que van del 1° de noviembre de 2017 al 07 de diciembre de 2017, su señoría respeto pero no comparto la decisión que acaba de ser proferida por su despacho, pues si bien se suscribió entre las partes un contrato de transacción, de su lectura se puede interpretar, que versa sobre la renuncia de la indemnización por terminación sin justa causa, imputable al empleador que no es un derecho de naturaleza renunciable y por lo tanto, no es susceptible de ser transado ni conciliar, además de este contrato se infiere que la única parte que renunció a sus derechos fue mi representado y por lo tanto la figura de la transacción se desdibuja en un arreglo que presenta apariencia de licitud, pero no es más que la manifestación de la empresa empleadora, para engañar a su trabajador y no pagar la debida indemnización que la ley les reconoce, negándole todas las acciones tendientes a alcanzarla, quiero manifestar al despacho que la esencia de la transacción, es que las partes hagan mutuas concesiones esto es que cada una pierda parte del derecho que cree tener, si el acto se limita a reconocer derechos a una sola de las partes o a renunciar, a los que se disputan en la que no se configura como tal la transacción, en este caso la persona es la que persona que siempre renunció a los derechos laborales fue mi prohijado, adicional el despacho no consideró que mi poderdante en su momento tuvo un punto ciego, cuando creyó que con la firma de la supuesta transacción estaba aceptando un beneficioso arreglo y en cambio, lo que ocurrió fue que el empleador sólo canceló una parte de lo que pudiera corresponderle, negándole la posibilidad de alguna indemnización, además dentro del plenario se encuentra demostrado la mala fe, por parte de la empresa Interplas S.A, puesto que si bien se hubiera tratado de un acuerdo mutuo, se hubiera realizado de manera inmediata la consignación o pago de los emolumentos relacionados en la liquidación, obrante a Folio 28 del expediente y no se hubiera realizado de manera parcial, la voluntad de la empresa Intraplas, como se puede ver dentro del expediente A folio 28, reposa la liquidación por valor de $3.000.780 900 en donde también incluyeron, una bonificación no constitutiva de salario, que hace referencia al acuerdo de transacción que fue firmado el primero de noviembre, sin embargo la empresa sólo consignó $2.000.780 hasta el 10 de noviembre de 2017 y el millón de pesos que hacía relación a la supuesta transacción que firmó mi poderdante, sólo lo consignaron hasta el 26 de febrero de 2018, conforme la prueba que anexo relacionada ahora con la contestación de la demanda, de ahí se logra demostrar, que por parte del empleador si existió mala fe, con respecto a la transacción laboral, que igualmente el despacho no condenó a la demanda, al pago de la indemnización contemplada en la ley 361 de 1997, por el despido de manera injustificada, bueno quiero reiterar con anterioridad antes de hacerme referencia a la ley 361, quiero manifestar que la empresa Intraplast S.A, no tuvo en cuenta que para el para el momento en que se firmó la transacción laboral, mi poderdante se encontraba lesionado, por un accidente que había sido ocurrido el día 31 de octubre de 2017 y frente del cual, no actuaron de manera rápida y eficaz a fin de*

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante presentó alegaciones para solicitar que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

---

garantizarle la salud a mi representado, quiero aclarar que una de las obligaciones de la parte empleadora, es prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o enfermedad, esta responsabilidad no puede recaer a en contra del empleado, quien sufre la lesión y que no tiene la obligación, ni de reportar accidentes laborales ante la ARL, esa obligación recae directamente ante el empleador, igualmente el despacho no condenó al demandante al pago de la indemnización contemplada en la ley 361 de 1997, por el despido de manera injustificada del trabajador, quien se encontraba como manifesté incapacitado con ocasión de un accidente laboral, ocurrido en las instalaciones de la empresa, al respecto quiero manifestar que la jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada, establecida en la ley 361 de 1997 a favor no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros en la salud en desarrollo de sus funciones, Así mismo en sentencia T 936 del 2009 la Corte Constitucional manifiesta, que la debilidad manifiesta contemplada en los artículos 13 y 47 de la carta política, en conexidad con el artículo 53 procede cuando la disminución de la capacidad laboral, surgen desarrollo del contrato, es decir no se encuentra restringida al caso específico de quienes tienen la calidad de inválidos o discapacitados, sino que además aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser consideradas como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución, igualmente la sentencia T-003 del 2010 protege a los trabajadores que en desarrollo de sus funciones, sufren accidentes o enfermedades que disminuyen su capacidad laboral y también manifiestan que es obligación de todo empleador, otorgarle una reubicación mientras se recupera de tal accidente o tal enfermedad y de no ser así y por el contrario lo despiden sin causa justificada, implica la presunción de que el despido se efectuó como consecuencia de dicho estado, en el caso concreto el día 1° de noviembre de 2017 mi poderdante se encontraba en situación de debilidad manifiesta, ocasionada por un accidente laboral sufrido en las instalaciones de la empresa demandada, no se lleva a cabo el debido proceso frente al accidente laboral, como se puede demostrar dentro del plenario ellos no adelantaron ningún proceso de respecto al accidente laboral y demoraron su atención médica lo cual era su obligación, adicional y por otro lado el despacho no considero que la empresa demandada, no le canceló al trabajador la liquidación correspondiente, esto es salarios y prestaciones sociales respecto del periodo de incapacidad comprendido, entre el 1° de noviembre de 2017 y el 7 de diciembre de 2017, al respecto quiero manifestar y aclarar, que las capacidades no suspenden el contrato de trabajo, de manera que el término de incapacidad no es descontable para efectos de los reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, derivadas del contrato de trabajo y en consecuencia encontrándose el contrato laboral vigente el empleador, está en la obligación de liquidar y pagar al trabajador todas las prestaciones sociales y vacaciones a las que tiene derecho, en el caso que nos ocupa mi poderdante tuvo un accidente laboral ocurrido en las instalaciones de la empresa el 31 de octubre de 2017 y presentó incapacidad a partir del 1° de noviembre de 2017 hasta el 7 de diciembre de 2017 a pesar de que fue por un accidente laboral, la empresa no reconoce ni salarios ni prestaciones sociales durante el tiempo transcurrido, en este mismo sentido al no cancelar los respectivos salarios y prestaciones sociales correspondientes, la empresa debe pagar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, adicional y en lo que tiene que ver con el pago de las cesantías respecto de este periodo, la no consignación de las mismas en la consignación de manera parcial, implica sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, así las cosas solicitó a los honorables magistrados revocar totalmente la sentencia, que acaba de ser proferida por este despacho y en su lugar se hace a las pretensiones de la demanda muchas gracias".

Por su parte la apoderada de la parte demandada solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir la validez del acuerdo transaccional celebrado entre las partes y si el demandante es beneficiario de la garantía foral prevista en la Ley 361 de 1997.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** entre el demandante y la sociedad demandada existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que se prorrogó de manera sucesiva y tuvo vigencia entre el 16 de julio de 2014 y el 1° de noviembre de 2017 (hecho definido por el juez en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso, Cd. 1, Pdf. 3); ***ii)*** que el demandante ocupaba el cargo de supervisor y el último salario devengado corresponde a la suma de $1.292.000 (Cd. 1, pdf. 3 y 6); ***iii)*** que el 1° de noviembre de 2017, las partes suscribieron un contrato de transacción en el cual pactaron la finalización del contrato a partir de esta misma fecha (Cd. 1, Pdf. 8).

- **Sobre el contrato de transacción.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que en materia laboral los artículos 14 y 15

del CST otorgan validez a la transacción entre las partes del contrato de trabajo, siempre y cuando no se desconozcan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, es decir, derechos respecto de los cuales no haya duda alguna del sustento normativo que los genera, ni duda de la ocurrencia de los supuestos que la norma contempla para que se causen.

En el caso bajo estudio, aduce la apoderada de la parte demandante que el contrato de transacción suscrito entre las partes el 1° de noviembre de 2017, carece de validez por cuanto allí se pactó la terminación del contrato de trabajo, que implica la renuncia del trabajador al pago de la indemnización por despido sin justa causa, el cual, a su juicio, es un derecho cierto e indiscutible.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 2051-2018, recordó que esa Corporación mediante sentencia de radicado 32051 del 17 de febrero 2009, definió el carácter indiscutible de un derecho laboral de la siguiente forma:

"[...] esta Sala de la Corte ha explicado que el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales' (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)(...)".

Teniendo en cuenta el anterior referente jurisprudencial se advierte que un derecho laboral es cierto e indiscutible cuando cumple con la totalidad de los supuestos de hecho o condiciones que define la norma, para su reconocimiento, de ello, entiende la Sala, que en el caso bajo estudio, la indemnización que reclama el recurrente es un derecho incierto y discutible susceptible de transacción, en la medida en que su causación pendía de la existencia del despido y de la ausencia de justa causa en tal decisión, supuestos de hecho de ocurrencia claramente discutible en la medida en que el acuerdo transaccional suscrito el 1° de noviembre de 2017 definió, precisamente, que el contrato de trabajo terminaba por mutuo acuerdo, hecho del cual no puede deducirse la vulneración de un derecho cierto, pues éste nunca nació, dado que no se configuraron los supuestos que la norma establece para su causación, y no es dable al Tribunal, suponer, que en caso de que no se hubiera dado la transacción la decisión del empleador hubiere sido esta.

Por lo anterior, considera la Sala que el acuerdo de transacción suscrito entre las partes es válido, pues bien podían las partes, sin vulnerar derechos ciertos y discutibles del trabajador, pactar la forma de terminación del vínculo laboral y por ello se confirmará la decisión de primera instancia en este sentido, precisando que no se controvirtió en este proceso, ni en el recurso, la posible vulneración de otros derechos del trabajador y de todas formas es pertinente referir, que se encuentra debidamente acreditado el pago de la liquidación final de prestaciones del actor y de la suma pactada en el contrato de transacción (Cd. 1, Pdf. 4 y 5).

- **Estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991, consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental.

Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición conforme la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más conforme el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente validas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en la sentencia SL2841 de 2020, donde indicó que en vigencia del precitado decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide en forma sustancial la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

El actual concepto de discapacidad concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017, se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el MINISTERIO DE TRABAJO.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las Entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada,

la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del MINISTERIO DE TRABAJO; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso interpuesto, siendo relevante precisar, conforme los antecedentes normativos expuestos, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide en forma sustancial la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la

terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, corresponde al demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, esto es, que sufría de una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limitó o impidió en forma sustancial su capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, que conforme lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo.

Para el efecto, basta precisar que en el caso bajo estudio no podía el actor beneficiarse de la garantía prevista en la citada norma, pues como quedó visto en precedencia, la finalización del contrato de trabajo se dio por una decisión de mutuo acuerdo entre las partes, ésta no obedeció a una decisión unilateral del empleador, lo que excluye la aplicación de la garantía a la estabilidad laboral reforzada que se solicita en la demanda.

Ahora bien, en gracia de discusión, tampoco podría entenderse al actor como destinatario de esta garantía, pues si bien para el momento en que finalizó el vínculo laboral por mutuo acuerdo, WALTER ANDRES GOMEZ GIL se encontraba incapacitado, a causa del accidente de trabajo sufrido (fls. 34 y 35), el cual le generó una fractura de falange distal del cuarto dedo de la mano derecha (fl. 37), lo cierto es que el concepto de incapacidad no es equiparable al de discapacidad, y no es posible establecer del solo hecho de la incapacidad por la fractura de una falange del dedo de la mano, que adicionalmente el actor hubiere tenido alguna condición de salud especial al momento en que finalizó el contrato

de trabajo, y menos aún la existencia de una afectación que imposibilitara o limitara sustancialmente el desarrollo de sus funciones con normalidad.

Resulta oportuno precisar, que no cualquier afectación en la salud causa la aplicación del fuero de estabilidad ni conlleva a concluir que una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta. No es posible, a juicio del Tribunal, definir que el demandante se encontraba en el estado de debilidad que aduce la apoderada en el recurso, de la sola incapacidad allegada al expediente (fls. 31 a 33), pues además de que la primera incapacidad fue expedida al finalizar la jornada laboral del día 1° de noviembre de 2017, momento para el cual ya había finalizado la relación laboral, no puede deducirse la existencia o aplicación del fuero que aquí se estudia, solo podría definirse si se demuestra una afectación de salud que impida o limite la capacidad de trabajo, situación que no ocurrió en el caso bajo estudio.

Así las cosas, y dado que en el caso bajo estudio no se dan los presupuestos definidos en la norma y la jurisprudencia para la aplicación de la garantía de estabilidad laboral reforzada que se reclama, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON

Magistrada 18-2019-141-00

LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO

Magistrada

Aclaro Voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada Ponente: Hugo Alexander Ríos Garay

Radicación: 18 2019 00141 01

De Walter Andrés Gómez Gil vs Ingeniería de Transformación de Plásticos-Interplas S.A.S.

Comparto el sentido de lo resuelto; mi aclaración gira en torno a la afirmación consistente en que *«las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en la sentencia SL2841 de 2020, donde indicó que en vigencia del precitado decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más".*

Lo anterior, como quiera que la aludida Corporación ha adoptado tales porcentajes como un parámetro objetivo para identificar los destinatarios de la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en lapsos incluso, posteriores a la derogatoria del Decreto 2463 de 2001. Así lo recordó en la sentencia CSJ SL3145-2021:

> Ahora bien, más recientemente, en la sentencia CSJ SL711-2021, esta sala de la Corte precisó algunos conceptos relacionados con el derecho a la estabilidad laboral reforzada, emanada de la Ley 361 de 1997, y, específicamente en cuanto a los destinatarios de la garantía, insistió en que *«[...] son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15%, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas [...]»* (Ver también las sentencias CSJ SL 058-2021 y CSJ SL572-2021). En ese sentido, ha dicho la Sala que los beneficiarios *«[...] no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico*

o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2° del artículo 5°, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas [...]», todo por cuanto *«[...] no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.»* (CSJ SL711-2021).

En la anterior decisión, la Corte también precisó que aunque existe libertad probatoria a la hora de acreditar los supuestos que dan lugar a esa discapacidad relevante, de manera que no existe una prueba solemne, lo cierto es que sigue siendo preciso el mantenimiento de ese parámetro objetivo, de una *«[...] discapacidad [que] comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual [...]»* Lo anterior sin desconocer, eso sí, el carácter relevante que tienen para estos casos las evaluaciones técnicas construidas de acuerdo con las pautas de los manuales de calificación de la invalidez (CSJ SL572-2021).

La Corte también ha optado por realizar un ejercicio de armonización de la normatividad interna con los estándares internacionales de derechos humanos, referidos a las personas con discapacidad, para entender que tal estado no es identificable con *«[...] cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona [...]»*

Finalmente, la Sala también ha optado por darle aplicación a estos criterios objetivos de identificación de las personas beneficiarias de la especial garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en periodos posteriores a la derogatoria del Decreto 2463 de 2001 (CSJ SL 711-2021 y CSJ SL572-2021).

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 20 2019 00609 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NORMA CENEIDA JIMENEZ GIRALDO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que

se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 12 de noviembre de 1963; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 22 de agosto de 1984 y el 31 de diciembre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 498.14 semanas; que el 11 de agosto de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR; que el 31 de julio de 2011, se trasladó a la AFP COLFONDOS. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 8 de agosto de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, saneamiento de la nulidad alegada, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (Pdf. 1, fls. 104 a 135).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las

pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la solicitud presentada por la actora, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pdf. 1, fls. 191 a 214).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Se allanó a las pretensiones de la demanda (Pdf. 1, fl. 161).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 3 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora NORMA CENEIDA JIEMENEZ GIRALDO a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 11 de agosto del año 1994; y su posterior traslado horizontal a la sociedad COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS., el 15 de junio del año 2011., en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada NORMA CENEIDA JIEMENEZ GIRALDO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la*

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.., y a COLPENSIONES, a favor de la señora NORMA CENEIDA JIEMENEZ GIRALDO. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.* ***QUINTO:*** *de ser o no apelada la decisión enviase al H. Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta, por ser adversa a COLPENSIONES".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la actora del traslado de la demandante es válido en cuanto éste obedeció a una decisión libre y voluntaria, que además se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para retornar al RPM. Señala que además no se probó la existencia de vicio en el consentimiento alguno al momento de la suscripción de los documentos que configuran el traslado y que de todas formas la actora no hizo uso del periodo de recisión que disponen las normas. Finalmente aduce que la decisión emitida afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la ineficacia de traslado declarada. El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 12 de noviembre de 1963 (fl. 45, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy

COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 22 de agosto de 1984 y el 31 de diciembre de 1994, por un total de 498.14 semanas (fl. 47, Pdf. 1); ***iii)*** que el 11 de agosto de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 236, Pdf.1); ***iv)*** que el 31 de julio de 2011, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 233, Pdf. 1); ***v)*** que el 8 de agosto de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió la solicitud de manera desfavorable (fls. 85 y 95, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las

administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

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

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la

ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora NORMA CENEIDA JIMENEZ GIRALDO se trasladó a la

AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 11 de agosto de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 21:04), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba al servicio del Banco Colpatria y era una directriz que los empleados se afiliaran a Colpatria en pensiones, que una persona de recursos humanos pasaba por los puestos de trabajo dejando el formulario para que lo diligenciaran y luego lo recogía, pero no les dieron ningún tipo de información sobre las implicaciones del traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello, acarrea para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores

referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

De otra parte, con el propósito de garantizar la estabilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NORMA CENEIDA JIMENEZ GIRALDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00609 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de revocar la decisión de primera instancia que negó la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrados Ponentes

Radicado N° 23 2019 00300 01

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GRACIELA PEÑA BELTRAN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Y MARIA EVANGELINA CALVERA ROA**, con el fin de que se declare que tiene derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del pensionado LUIS ALVARO MARTINEZ MATEUS. Pide que se

condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 3 de mayo de 2018, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que la demandada MARIA EVANGELINA CALVERA ROA contrajo matrimonio con el causante LUIS ALVARO MARTINEZ MATEUS; que un año después, es decir, en el año 1971, la pareja se separó de hecho; que el causante trabajó como educador al servicio del Departamento de Santander del Sur y por reunir los requisitos legales le fue reconocida una pensión mediante Resolución N° 16730 del 22 de agosto de 2000, a partir del 28 de octubre de 1997. Señaló que el causante falleció el 3 de mayo de 2018 y por ello se presentó a solicitar la sustitución pensional de su compañero; que convivía con el causante en unión libre desde el 17 de enero de 1975; que el último domicilio donde residieron fue la Calle 4 # 2-27 en el Municipio de Albania Santander del Sur; que durante su unión procrearon una hija de nombre Ninfa Martínez Peña, quien en la actualidad supera los 30 años de edad. Aduce que al momento del fallecimiento del causante tenía 69 años de edad y por ello se le debe reconocer la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia; que la entidad demandada en principio le reconoció el derecho a la sustitución pensional de su compañero, pero posteriormente dejó en suspenso el reconocimiento del derecho porque se presentó a reclamar la señora MARIA EVANGELINA CALVERA ROA; que recurrió dicha decisión pero ésta fue confirmada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MARIA EVANGELINA CALVERA DE MARTINEZ se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante y la vigencia del matrimonio con éste, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones la de aplicación

del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (fls. 68 a 72).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante y la fecha de fallecimiento, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de no configuración del reconocimiento de sustitución pensional por sobrevivientes, prescripción, no configuración del derecho a la indexación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP (fls. 79 a 92).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2020, condenó a la UGPP a reconocer y pagar a la demandante una pensión de sobrevivientes.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"**PRIMERO: DECLARAR** que GRACIELA PEÑA BELTRAN acreditó los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en virtud del fallecimiento del señor LUIS ALVARO MARTINEZ MATEUS. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de GRACIELA PEÑA BELTRAN, por el fallecimiento del señor LUIS ALVARO MARTINEZ MATEUS, a partir del 3 de mayo de 2018, en la misma cuantía que devengaba el causante para este año, por las mismas mesadas pensionales que recibía al año, y aplicando los reajustes anuales*

correspondientes. ***PARAGRAFO:*** *se autoriza a la demandada descontar del retroactivo pensional que se genere a favor de la demandante lo correspondiente a aportes a salud.* ***TERCERO: ABSOLVER*** *a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de las demás pretensiones incoadas por GRACIELA PEÑA BELTRÁN.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a la demandada MARIA EVANGELINA CALVERA ROA, de las pretensiones incoadas por GRACIELA PEÑA BELTRAN.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.* ***SEXTO:*** *Sin costas en la presente instancia."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante. Para resolverlo indicó que las pruebas del expediente acreditan que la demandante convivió en unión libre con el causante, por lo menos desde el año 1975 y que dicha convivencia se mantuvo hasta el momento del fallecimiento, en estos términos encontró probado el requisito de convivencia definido en la Ley 797 de 2003 y por ello ordenó el reconocimiento de la prestación en favor de la demandante a partir del 3 de mayo de 2018, fecha en que falleció el causante. Definió que no es procedente ordenar el pago compartido de la prestación con MARIA EVANGELINA CALVERA ROA, pues si bien ésta estuvo casada con el causante desde el año 1970, mediante sentencia del 17 de enero de 2013 el Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez decretó el divorcio y la misma señora MARIA EVANGELINA manifestó haber convivido con el causante únicamente por el lapso de tres años.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revise si la demandante cumple con el requisito de la convivencia.[1]

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la UGPP solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso, relacionados con la falta de prueba del requisito de la convivencia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión que ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en cuanto está probado que la demandante cumple los requisitos dispuestos en la norma para el efecto.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de la UGPP.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si GRACIELA PEÑA BELTRAN acreditó la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

[1] *"Hago uso del recurso de Apelación, en tanto para este proceso no ha quedado claro algunos argumentos de convivencia y que sea el Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá quien haga un estudio profundo sobre los requisitos que acredita esta pensión de sobrevivientes. Gracias."*

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que LUIS ALVARO MARTINEZ MATEUS falleció el día 3 de mayo de 2018 (fl. 9); ***ii)*** que mediante Resolución N° 016730 del 22 de agosto de 2000, la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL reconoció una pensión de jubilación al causante a partir del 28 de octubre de 1997, en cuantía inicial de $315.935 (CD 1, Pdf. 1, fl. 70); ***iii)*** que mediante Resoluciones RDP 29891 del 24 de julio de 2018, RDP 036912 del 10 de septiembre de 2018 y RDP 040482 del 8 de octubre de 2018 la demandada UGPP dejó en suspenso el reconocimiento de la prestación hasta que la justicia ordinaria defina el conflicto (CD. 1, Pdf. 1, fls. 88 a 91, 214 a 217 y 230 a 233); ***iv)*** que el causante estuvo casado con MARIA EVANGELINA CALVERA y mediante sentencia del 17 de enero de 2013 el juzgado Primero Promiscuo de Familia de Vélez decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso de la pareja y declaró disuelta la sociedad conyugal (CD. 1, Pdf. 1, fls. 178 a 183).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 3 de mayo de 2018, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal

que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de GRACIELA PEÑA BELTRAN. Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que GRACIELA PEÑA BELTRAN convivió con el causante dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento y por lo menos desde el año 1975.

En efecto, dentro del expediente obra copia de la Escritura Pública N° 97 de la Notaría Segunda del Círculo de Vélez, donde el causante y la demandante manifestaron que conviven desde el 25 de enero de 1975 y declaran la existencia de una unión marital de hecho (fls. 14 a 16).

Además de lo anterior, se recibió el testimonio de LUZ FANNY PEÑA DE PEÑA (CD. 2 audio 3 min. 08:37) y de HECTOR FERMIN PEÑA VERANO (CD. 2 audio 3 min. 20:17), quienes manifestaron conocer a la pareja desde aproximadamente el año 1975, en la escuela donde trabajaban. Señalaron que la pareja se conoció en esa época porque también eran compañeros de trabajo en la escuela, que aproximadamente después de un año se fueron a vivir juntos y saben que convivieron hasta el momento del fallecimiento, que el último lugar donde vivió la pareja fue en Albania Santander, que siempre vivieron juntos y nunca se separaron, que les consta dicha información porque frecuentaban a la pareja constantemente y compartían con ellos determinadas actividades, que no le conocieron otra pareja al causante y que sus últimos años de vida vivió con la demandante, que estuvieron presentes en el sepelio acompañando a la demandante.

Aunado a lo anterior, en el *disco compacto* que contiene el expediente administrativo allegado por la demandada UGPP, obran las declaraciones extra proceso rendidas por JAIME ENRIQUE SALINAS SANTAMARIA y ZORAIDA PEÑA GONZALEZ el 15 de mayo de 2018 (fl. 92, Pdf. Cd. expediente administrativo), quienes manifestaron conocer a la pareja conformada por el causante y la demandante desde hace aproximadamente 44 años y señalar que estos convivían en unión libre. También se encuentra la declaración extra proceso rendida por ROBERTO ARTURO REYES el 30 de enero de 2019 (Fl. 94, Pdf. Cd. expediente administrativo), quien en el mismo sentido manifestó que conocía al causante aproximadamente desde el año 1985 y sabía que vivía en unión libre con la demandante.

Valoradas en conjunto las pruebas anteriormente señaladas, concluye el Tribunal que la demandante GRACIELA PEÑA BELTRAN convivía con el causante LUIS ALVARO MARTINEZ MATEUS, aproximadamente desde el año 1975 y que dicha convivencia se

mantuvo hasta el fallecimiento del causante, así lo manifestaron de manera coincidente y espontánea los testigos y su dicho resulta coincidente con las demás pruebas documentales aportadas y que se refirieron en precedencia. De ello entiende la Sala que GRACIELA PEÑA BELTRAN, formaba parte del núcleo familiar estable de LUIS ALVARO MARTINEZ y su relación se mantuvo hasta su fallecimiento, hecho suficiente para concluir que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama.

No resulta relevante al efecto, ni aporta nada nuevo a la controversia lo manifestado por la demandante en la diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 audio 1, min. 13:40), pues su dicho no es válido para acreditar la convivencia. No obstante, conviene precisar que dentro de sus manifestaciones informó que la razón por la cual el causante falleció en Chiquinquirá, fue porque viajó a realizar unas diligencias a dicho lugar y el mismo día del viaje falleció. Esta manifestación, resulta coincidente con lo manifestado por los testigos referidos, quienes informaron que la pareja no se separó desde el inicio de la convivencia y que ésta se mantuvo hasta el momento del deceso del causante.

Tampoco resulta útil al objeto de la controversia que se analiza en esta instancia, lo manifestado por MARIA EVANGELINA CALVERA ROA (Cd. 2 audio 1, min. 05:12), quien fue cónyuge del causante, pues además de que el juez de primera instancia definió que no tenía derecho al reconocimiento de la prestación y esta decisión no fue objeto de recurso, solo precisó que si bien había estado casada con el causante, la convivencia entre ellos solo se había extendido por tres años y tenía conocimiento que con posterioridad a su separación de hecho, el causante inició a convivir con GRACIELA PEÑA.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama en favor de GRACIELA PEÑA

BELTRAN, y la reconoció a partir del 3 de mayo de 2018, fecha de fallecimiento del causante, y autorizó los descuentos relacionados con los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, conviene precisar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de Decisión; no obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador inicial para modificar la decisión de primera instancia, disponiendo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en 13 mesadas anuales, en virtud del grado jurisdiccional de consulta y considerando que dicho derecho se causó con posterioridad a la expedición del Acto legislativo 1° de 2005, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL4213 de 2020, SL 4663 de 2020, SL5167 de 2020, SL2835 de 2021, SL2986 de 2021, entre otras.

- **Sobre el número de mesadas de la pensión de sobrevivientes.**

Teniendo en cuenta que la ponencia del sustanciador inicial fue desestimada en cuanto al número de mesadas, considera la Sala que la pensión de sobrevivientes se generó con ocasión del fallecimiento de un pensionado, quien en virtud de la Resolución N° 016730 del 22 de agosto de 2000, expedida por la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL (CD 1, Pdf. 1, fl. 70) accedió a la pensión de jubilación, en 14 mesadas anuales en virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión de sobrevivientes es un derecho derivado de la pensión de vejez cuando el causante es pensionado, por tanto, la transmisión se realiza en un 100% incluido el número de mesadas anuales que devengaba el pensionado, tal y como ha indicado en las sentencias SL2141 de 2021, radicación 74090, SL5141 de 2019, Radicación 68121, entre otras.

De tal manera que al encontrarse acreditado que el causante adquirió el derecho a la pensión a partir del 28 de octubre de 1997, la pensión de sobrevivientes que se transmite por el fallecimiento corresponde a catorce mesadas y al 100% de la mesada que venía percibiendo el pensionado y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaro Voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrados ponentes: Ángela Lucía Murillo Varón y Hugo Alexander Ríos Garay.

Radicación n° 2320190030001

De: Graciela Peña Beltrán contra Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP y María Evangelina Calvera Roa.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, creo necesario aclarar mi voto, en tano no comparto la consideración de la mayoría, de que la acreditación de cinco (5) años de convivencia anteriores a la muerte es exigible para compañero(a) y/o cónyuge, tanto del afiliado como del pensionado, pues estimo que en los términos en que está redactado el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la prestación de sobrevivientes, no se requiere demostrar ningún tiempo mínimo de cohabitación, en tratándose de un afiliado que fallece. Así lo ha asentado la Sala de Casación Laboral en las sentencias CSJ SL1730-2020, CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021 y CSJ SL5270-2021, entre muchas más. En esta última discurrió:

> [...] para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo ***mínimo*** de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto *en el literal de la norma analizado*, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia (...).



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrados ponentes: Ángela Lucía Murillo Varón y Hugo Alexander Ríos Garay.

Radicación n° 2320190030001

De: Graciela Peña Beltrán contra Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP y María Evangelina Calvera Roa.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, creo necesario aclarar mi voto, en tano no comparto la consideración de la mayoría, de que la acreditación de cinco (5) años de convivencia anteriores a la muerte es exigible para compañero(a) y/o cónyuge, tanto del afiliado como del pensionado, pues estimo que en los términos en que está redactado el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la prestación de sobrevivientes, no se requiere demostrar ningún tiempo mínimo de cohabitación, en tratándose de un afiliado que fallece. Así lo ha asentado la Sala de Casación Laboral en las sentencias CSJ SL1730-2020, CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021 y CSJ SL5270-2021, entre muchas más. En esta última discurrió:

> [...] para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo ***mínimo*** de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto *en el literal de la norma analizado*, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia (...).

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2017-00701-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **SILVIA MARGARITA GIRALDO ARISTIZÁBAL** contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante (archivo "*42.1Audiencia*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo "*003Demanda*").**

SILVIA MARGARITA GIRALDO ARISTIZÁBAL solicitó condenar al pago de la reliquidación indexada de su pensión de jubilación, incrementos anuales, retroactivo indexado, mesada adicional de junio y el mayor valor que no asuma el fondo de pensiones con la subrogación pensional, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró por más de 20 años para el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO luego BANCO

SANTANDER hoy la **DEMANDADA** del 22 de mayo de 1978 al 18 de febrero de 2000. Aseguró que mediante convención colectiva que consagró el reconocimiento de una pensión convencional de jubilación a favor de todo empleado del banco que llegué o haya llegado a los 50 años si es mujer y 20 años de servicios continuos o discontinuos a la institución. Aseguró que la H. CSJ en sentencia SL10641 de 2014 indicó que la formula aplicada en dicha convención no atendía los principios legales y constitucionales y por ello aplicó el 75% del promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a la terminación del contrato, pero que los trabajadores del Banco pueden optar por el reconocimiento de la pensión del artículo 260 CST por favorabilidad, igualmente, en la sentencia T-954 de 2013 y T-463 de 2013 ordenaron a la demandada indexar la primera mesada y la sentencia C-862 de 2006, indicó que el artículo 260 CST ampara la actualización del salario base de liquidación.

Expuso que el 21 de febrero de 2000 se le reconoció la precitada pensión convencional, sin embargo, en su liquidación no fueron considerados el auxilio de transporte convencional, las bonificaciones extralegales, los viáticos constitutivos de salario, los ajustes por bonificaciones de retiro, entre otros, a pesar de su naturaleza salarial, asegurando que su sueldo básico al momento del retiro fue $678.567 y que devengó en su último año de servicios $7.639.614 por sueldo, $1.058.088 por bonificación extralegal mesada adicional de diciembre, $940.504 por bonificación extralegal mesada adicional de junio, $20.000 por bonificación adicional de diciembre, $294.913 por bonificación extralegal, $36.733 por trabajo nocturno, $316.014 por subsidio de transporte, $706.771 por prima extralegal de vacaciones, $339.246 por vacaciones extralegales en dinero y $160.133 por vacaciones extralegales en tiempo, $2.804.744 por bonificación de antigüedad, $840.014 por bonificación de retiro.

Aseguró que los beneficios extralegales si fueron considerados para liquidar la pensión convencional de otros trabajadores, tal y como ocurrió en las conciliaciones que la demandada suscribió con HILARIO

GUZMÁN ROMERO, CARLOS ALFONSO GUTIÉRREZ, GABRIEL PATIÑO ARIZA y HUMBERTO SÁNCHEZ VEGA, omisión por la cual el Banco no consideró los $14.861.861 devengados en el último año de servicios por sueldos y bonificaciones extralegales, siendo el real monto del 75% del promedio de lo devengado $928.866 y no $634.939 como consideró la demandada. Aseguró que la pensión convencional se pagó con 14 mesadas anuales incluyendo la mesada adicional de junio y cuando cumplió 55 años en 2009 fue subrogada al RPM, conforme las normas convencionales y acta de conciliación, situación que la privó de la mesada adicional de junio porque el Acto Legislativo 1° de 2005 la eliminó, sin que la demandada haya asumido el pago de la diferencia que generó la pérdida de tal mesada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo *"017ContestacionDeDemanda"*).**

ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a los extremos temporales de la vinculación de la demandante, que consagró una pensión convencional de jubilación, el valor devengado en el último año de servicios por mesada adicional de junio y diciembre, bonificación adicional de diciembre, vacaciones extralegales en dinero y tiempo, bonificación por antigüedad y bonificación de retiro, que por autonomía con ciertas partes celebró conciliación con otros trabajadores liquidando la pensión con la prima de vacaciones y bonificación extralegal, que la pensión convencional tiene 14 mesadas y que la misma fue subrogada por la pensión legal de vejez.

Indicó que la demandante no se benefició de la pensión convencional de jubilación del artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991-1993, por cuanto no cumplió la edad exigida, no obstante, el Banco le reconoció unilateralmente una pensión extralegal, por ende, no se puede comparar con otros compañeros de trabajo que si cumplieron los requisitos para acceder al derecho convencional, de otra parte, señaló que el valor de la pensión de la actora se fijó en el 93,67% del salario promedio devengado en el último

año de servicio, junto con otros factores adicionales pese carecer de naturaleza salarial, siendo por tanto una prestación muy superior a la regulada en el artículo 54 convencional, pensión que es compartida con la prestación que reconoció el ISS a partir del 23 de diciembre de 2009 mediante Resolución 111454 del 15 de julio de 2010. Interpuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivo *"42.1Audiencia"*).

El 11 de febrero de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada.* ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la parte demandada* ***BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.*** *de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por* ***SILVIA MARGARITA GIRALDO ARISTIZÁBAL.*** ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la demandante y a favor del demandado, para lo cual se estiman las agencias en derecho en la suma de $300.000, por Secretaría liquídense en la oportunidad procesal oportuna.* ***CUARTO: REMITIR*** *el expediente a la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la decisión no fuera apelada. (...)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico fijar si le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de su pensión de jubilación y al pago de la diferencia por la mesada 14, así como a las demás pretensiones.

Para resolver indicó que no hay controversia entre las partes que la demandante es pensionada por jubilación del Banco desde el 18 de febrero de 2000 y por vejez por el extinto ISS desde la Resolución 114154 del 15 de julio de 2010. Consideró que conforme el acuerdo celebrado, el querer de las partes fue acordar una pensión transitoria de jubilación, la cual acordaron que sería del 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios, sin que ninguno de los factores reclamados en la demanda sean salario, por cuanto no

remuneran el servicio personal subordinado del trabajador sino que se trata de otros asuntos como descansos remunerados o prestaciones sociales que no remunerativas de la labor, por lo cual no deben ser incluidas en la liquidación de la prestación, la cual reconoció el Banco en una suma superior a la legal, por lo cual no hay reliquidación. En cuanto la mesada 14, indicó que el ISS la reconoció y paga y que el Banco se limitó a reconocer la diferencia, tal y como en derecho corresponde, por lo cual no hay mérito para impartir condena.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada **ITAÚ** solicitó confirmar el fallo, indicando que la pensión reconocida a la demandante fue transitoria, liquidada sobre el salario del último año de servicios y compartida, por lo cual no procede la reliquidación de la misma con los factores reclamados, ni equiparar a la demandante con los trabajadores que se pensionaron directamente con el régimen pensional del artículo 54 convencional. Agotado el término de traslado, la demandante no presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a la **DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de la pensión extralegal que le cancela la demandada, incluyendo todos los factores reclamados y devengados en el último año de servicios, así como el pago de la mesada adicional de junio, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente caso no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** la demandante **SILVIA MARGARITA GIRALDO ARISTIZÁBAL** laboró para el demandado BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO hoy **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** del 22 de mayo de 1978 al 20 de febrero de 2000 (pág. 100 archivo "*003Demanda*", pág. 17 a 20 archivo "*017ContestacionDeDemanda*"); ***ii)*** la demandante devengó en el último año de servicios con la demandada $6.400.891,67 por sueldo, $36.733 por remuneración por trabajo nocturno, $2.285.659 por bonificación extralegal, $20.000 por bonificación adicional diciembre, $1.333.774 por prima de vacaciones, $160.133,87 por vacaciones extralegales tiempo, $339.246,17 por vacaciones extralegales dinero, $2.804.744 por prima de antigüedad, $840.014 por bonificación retiro pensión y $20.000.000 por bonificación de retiro (pág. 40 a 43 archivo "*017ContestacionDeDemanda*"); ***iii)*** la demandada acordó el reconocimiento de una pensión convencional de jubilación en el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991-1993 (carpeta "*4.1convenciones*"); ***iv)*** mediante Acuerdo del 18 de febrero de 2000, la demandada reconoció a la demandante una pensión compartida convencional transitoria de jubilación a partir del 21 de febrero de 2000, liquidada sobre el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de labores por cuantía inicial de $634.939 (pág. 21 y 22 archivo "*017ContestacionDeDemanda*"); ***v)*** con Resolución 111454 del 15 de julio de 2010 el extinto ISS reconoció a la demandante pensión legal de vejez en cuantía inicial de $1.088.021 y a partir del 23 de diciembre de 2009 (pág. 25 a 27 archivo "*017ContestacionDeDemanda*").

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

- **Sobre la reliquidación pensional.**

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**, siendo relevante considerar que está plenamente acreditado y no es objeto de controversia entre las partes que la demandada reconoció pensión extralegal de jubilación a la demandante, a través de convenió del 18 de febrero de 2000, prestación que se reconoció desde el 21 de febrero de 2000, liquidada sobre el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de labores por cuantía inicial de $634.939 (pág. 21 y 22 archivo "*017ContestacionDeDemanda*").

Revisado el expediente, se advierte que el Convenio del 18 de febrero de 2000, es el acto jurídico por el cual el cual la **DEMANDADA** se obligó a pagar la precitada pensión a la **DEMANDANTE** en los siguientes términos:

> "*(...)* ***SÉPTIMO:*** *A partir del 21 de febrero de 2000 EL TRABAJADOR empezará a recibir por parte del BANCO una pensión convencional transitoria de jubilación, liquidada sobre el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores, que equivale a* ***$634.939.oo*** *y se le pagará hasta que cumpla los cincuenta y cinco (55) años de edad, fecha en la cual EL TRABAJADOR reclamará ante el Instituto de Seguros Sociales o la Entidad de Seguridad Social a la que se encuentre cotizando, la pensión de vejez (...) a partir de ese momento EL BANCO le continuará pagando la diferencia que existiere, entre la pensión de jubilación que esta venía recibiendo y la que le otorgue el Instituto de Seguros Sociales o el Fondo Privado de Pensiones correspondiente como pensión de vejez (...)*".

Así las cosas, no hay duda de que las partes acordaron, de forma expresa, el monto de la prestación y la forma como sería liquidada la

misma, al definir que sería del **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores**, sin acudir ni mencionar el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A. y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS BANCARIOS – ACEB de 1991 a 1993, circunstancia que permite concluir razonablemente de que se apartaron de la formula consagrada en dicho artículo para liquidar la pensión con el 75% del "*promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, sin tener en cuenta bonificaciones*" (carpeta "*4.1convenciones*").

Como quiera que las partes acordaron expresamente para la pensión extralegal una fórmula de liquidación distinta a la del artículo 54 de la CCT 1991-1993, no le asiste razón a la demandante en reclamar la aplicación de la sentencia SL10641 de 2014, providencia en la cual la H. CSJ se limitó a analizar que los valores consagrados en dicho artículo convencional están desactualizados, sin que sea dicho artículo la fuente normativa de la pensión extralegal de la demandante, que se reitera es el convenio celebrado entre las partes el 18 de febrero de 2000.

En consecuencia, resulta claro que la pensión extralegal de la demandante asciende al **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores**, por tanto, solo aquellos conceptos que son salario pueden hacer parte del cálculo de la pensión.

El artículo 127 CST define como salario no solo a la remuneración ordinaria del trabajador, sino también a todo lo que éste percibe como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, norma que ha sido interpretada por la H. CSJ en las sentencias SL21210 de 2017, SL1296 de 2019, SL3700 de 2020, SL692 de 2021, entre otras, en las cuales ha indicado que es salario todo pago que real y efectivamente retribuye el trabajo, al depender directamente de lo haga o deje de hacer el trabajador, siendo eventual el uso de otros criterios auxiliares como la habitualidad,

permanencia, uniformidad o proporción del pago frente al ingreso total para inferir su naturaleza salarial cuando no es del todo claro que sea un pago retributivo del servicio.

En el caso bajo estudio, la **DEMANDANTE** solicita que su pensión extralegal de vejez sea liquidada considerando los pagos que recibió en el último año de servicios, del 20 de febrero de 2009 al 20 de febrero de 2000, por bonificación extralegal mesada adicional de diciembre, bonificación extralegal mesada adicional de junio bonificación adicional de diciembre, bonificación extralegal, trabajo nocturno, subsidio de transporte, prima extralegal de vacaciones, vacaciones extralegales en dinero y vacaciones extralegales en tiempo, bonificación de antigüedad y bonificación de retiro.

Al respecto, se advierte que el subsidio de transporte no constituye salario, por cuanto se trata de un pago que no tiene por finalidad incrementar el patrimonio del demandante sino facilitar el cumplimiento de sus funciones y facilitar su desplazamiento al sitio de trabajo, conforme el artículo 128 CST.

Tampoco es salario los pagos por vacaciones extralegales y prima de vacaciones, por la sencilla razón de que las vacaciones son un descanso remunerado y no un pago retributivo de un servicio, al punto que precisamente en vacaciones cesa la prestación personal del trabajo, tal y como ha señalado la H. CSJ en sentencias SL2407 de 2019, SL313 de 2020, SL3690 de 2020, SL1576 de 2021, SL3712 de 2021, entre otras. A su vez, la prima de vacaciones pactada en el artículo 34 convencional 1991-1993, no tiene una finalidad retributiva porque depende del disfrute en tiempo de las vacaciones, al punto que el artículo 35 *ibídem* prohíbe su pago si las vacaciones se compensan en dinero, de lo cual se infiere que su finalidad es facilitar el descanso del trabajado, por ende, no son salario (carpeta "*4.1convenciones*").

De otra parte, la **DEMANDANTE** recibió $35.000.000 por bonificación por retiro y $840.014 como bonificación por retiro por acceso a pensión (pág. 40 a 43 archivo "*017ContestacionDeDemanda*"), siendo el primer pago acordado entre las partes como una bonificación,

pagadera una sola vez, imputable a cualquier acreencia insoluta derivada de la relación laboral, conforme el convenio suscrito en 2000 (pág. 21 y 22 archivo "*017ContestacionDeDemanda*"), lo cual permite inferir que dicha suma no remunera el servicio sino que se usó para precaver cualquier eventual contingencia derivada del no pago de acreencias laborales ante la terminación del contrato, pese que la misma se dio por mutuo acuerdo, lo cual excluye su carácter salarial. En cuanto el segundo pago, corresponde al beneficio del artículo 59 convencional 1991-1993, norma que consagra el pago por una sola vez de dicho concepto a quien su contrato de trabajo finaliza debido al disfrute de la pensión de vejez, sin que para la configuración de dicho pago nada tenga que ver la forma como se presta el servicio por el trabajador, por lo cual no es salario.

Respecto la prima por antigüedad, advierte la Sala que la misma se acordó como un beneficio convencional que retribuye la antigüedad del trabajador en el Banco, sin que su monto o causación dependa de lo que haga o deje de hacer el trabajador al estar condicionado exclusivamente a los años de vinculación y no al desempeño, por tanto, es posible inferir que no se trata de un pago retributivo de la labor, lo cual descarta su naturaleza salarial conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL21210 de 2017, SL1296 de 2019, SL3700 de 2020, SL692 de 2021, entre otras.

Por su parte, las bonificaciones extralegales, consagradas en el artículo 32 convencional 1991-1993 como cuatro salarios anuales, pagaderos dos en junio y dos en diciembre, los cuales incluyen las respectivas primas legales, tampoco son salario, ya que se tratan de una prestación social convencional. Resulta relevante considerar que la H. CSJ que define a las "*prestaciones sociales*", como los pagos que pese a tener su fuente en el contrato del trabajo, no retribuyen la actividad del trabajador sino que cubren riesgos o infortunios a los cuales se puede ver enfrentado, como la desocupación o afectación de su salud o inclusive vida, por tanto, son mecanismos de la seguridad social que no se equiparan al salario, tal y como se ha indicado en las

sentencias SL Rad 5481 del 12 de febrero de 1993, SL403 de 2013, SL1234 de 2020, entre otras.

Agotado el análisis de los conceptos reclamados en la demanda, ninguno de ellos es salario, por tanto, la **DEMANDADA** no tenía la obligación de liquidar la pensión considerando los mismos, en consecuencia, el monto de la prestación se liquida considerando únicamente el salariales, como lo eran el sueldo básico, trabajo suplementario, compensatorios y recargos.

Así las cosas, el salario devengado por la demandante en el último año de servicios ascendió a $6.400.891,67 por sueldo, $36.733 por remuneración por trabajo nocturno, para un total de $6.437.624 anual y un promedio mensual de $536.468,72, no obstante, **ITAÚ** reconoció una pensión cuya mesada inicial ascendió a $634.939, cifra superior a la legal, por lo cual no hay mérito alguno para acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación (pág. 21 y 22 archivo "*017ContestacionDeDemanda*").

- **Sobre el Pago de la Mesada Catorce.**

La **DEMANDANTE** reclama el pago de la mesada catorce, cancelada en junio de cada año, por cuanto indica que la demandada dejó de pagar la misma luego de que el extinto ISS le reconoció la pensión de vejez.

La Sala rechaza de entrada dicha suplica de la demandante, por cuanto revisado el acumulado de conceptos por empleados que registra cada uno de los pagos de la pensión extralegal, mes a mes, desde 2000, se observa que **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** nunca dejó de pagar la mesada adicional de junio (pág. 42 a 78 archivo "*017ContestacionDeDemanda*"). En efecto, bajo el concepto de "*prima jubilados*", la Sala observa que la **DEMANDADA** pagó la mesada adicional a la **SILVIA MARGARITA GIRALDO ARISTIZÁBAL**.

Así las cosas, quedó demostrado que la **DEMANDADA** nunca dejó de pagar la mesada adicional de junio y, si bien esta redujo su

valor desde el reconocimiento de la pensión legal de vejez, dicha disminución es legal porque la pensión extralegal es compartible con la que paga COLPENSIONES, entidad que certificó que la demandante recibe 12 mesadas al año y 2 mesadas adicionales (archivo "*041Prueba*"), por tanto, no hay mérito alguno para acceder a la petición de la apelante.

Resuelto el grado jurisdiccional de consulta, concluye la Sala que no hay mérito para modificar la decisión del *a quo*, por tanto, se confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en el grado de consulta.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.