



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 07 2018 00011 01
Demandante: LUZ MARINA CATAÑO RICO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y la UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.786.735 y T.P. 300.432 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora LUZ MARINA CATAÑO RICO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, la UGPP y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación mediante la cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administraban HORIZONTE y COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., por existir error en la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente, solicita se declare que nunca estuvo afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que debe estar inscrita en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra la demandada COLPENSIONES.

En consecuencia, pretende se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de régimen y a inscribirla en el que administra esa encartada; igualmente pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que se encuentran en su cuenta de ahorro individual y al pago de una indemnización por perjuicios materiales y morales, además condene a pagar costas y agencias en derecho a las demandadas más de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 7 de noviembre de 1959, que labora para la Rama Judicial de manera interrumpida desde el 1º de marzo de 1988 encontrándose activa en la actualidad en la entidad; además expuso que efectuó cotizaciones a CAJANAL desde la citada calenda hasta el 30 de noviembre de 1995. Seguidamente inició a realizar cotizaciones desde el 1º de diciembre de 1995 al fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., posteriormente se afilió a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., el 26 de noviembre de 1997 y luego se trasladó nuevamente a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., en marzo de 1999, AFP a la que se encuentra afiliada en la actualidad, efectuando cotizaciones por más de 1480 semanas hasta noviembre de 2017.

Señaló que, en la asesoría prestada en 1995 por HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., fue inducida en engaño y error, ya que no recibió explicación clara y objetiva de los efectos que le implicaría el traslado de régimen, faltando a su deber legal de información, pues solo atinó a decirle que en ese régimen podría pensionarse de



manera anticipada, que CAJANAL se liquidaría y que su mesada sería mayor en ese régimen. De otro lado, expuso que solicitó a PORVENIR S.A. la proyección de su mesada pensional, estableciendo una mesada a los 61 años de \$3.143.500, la cual es inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, la cual asciende según proyección a \$4.688.858; por tanto, solicitó la nulidad de la afiliación ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, pedimento que fue despachado de menara negativa por esas accionadas, además señaló que solicitó copia de la primera afiliación que efectuó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., sin que a la fecha haya emitido pronunciamiento alguno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES dio contestación al libelo demandatorio con oposición a las pretensiones, aduciendo que el traslado de régimen de la actora se realizó atendiendo las normas que regían la materia para la época, es decir, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de modo que en ejercicio del derecho de elección de régimen la actora decidió trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que al no haber sido tachado ni desconocido el formulario de afiliación y al no obrar prueba que permita inferir que la demandante incurrió en algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, no hay lugar a declarar la nulidad deprecada.

Propuso las excepciones de mérito de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedimiento de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 02).

Por su parte, PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que allí se elevan, señalando que la demandante debía acreditar los supuestos en que funda sus pretensiones, ya que de las documentales arrojadas al plenario no se evidencia algún supuesto de hecho que permita acreditar error, fuerza o dolo; luego, solicitar la nulidad del traslado bajo el argumento de una mesada inferior conllevaría a desconocer las características propias de cada régimen, además el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado lo realizó de manera libre y espontánea, recibiendo la información suficiente para entender las características y condiciones del régimen pensional.

Formuló como medios exceptivos los de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Fls. 67 a 115 archivo 03).

A su turno, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito inaugural, indicando que carece de competencia para atender las solicitudes que se elevan en la demanda, además su objeto principal es reconocer y administrar derechos pensionales a cargo de administradoras exclusivas de servicios públicos del orden nacional o de entidades públicas que se encuentren en proceso de liquidación, además de hacer seguimiento a la liquidación y pago de contribuciones parafiscales de la protección social, junto con el cobro de las mismas, precisando que no le fueron asignadas funciones como administradora de fondos de pensiones, por lo que no puede administrar recursos provenientes del sistema de pensiones, hacer traslados de saldos, o aprobar traslados de regímenes.

Presentó como medios exceptivos los de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y la genérica (Fls. 17 a 35 archivo 03).

En audiencia que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, celebrada el día 31 de mayo de 2021, el juzgado de origen excluyó a la UGPP de la litis, en tanto, no funge como fondo de pensiones ni debe responder por las pretensiones de la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de febrero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación y el traslado realizado por la demandante con la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., desde el 24 de noviembre de 1995. Asimismo, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Igualmente, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los gastos de administración, comisiones y cualquier otro emolumento que se haya descontado de los aportes pensionales del demandante mientras estuvo afiliada desde 1995 a HORIZONTE, COLPATRIA y PORVENIR S.A., valores que deben ser debidamente indexados a título de actualización monetaria, igualmente ordenó a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad como afiliada al régimen que administra a la demandante desde su afiliación inicial al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Finalmente, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A.

Para arribar a dicha conclusión el *a-quo* memoró que la actora solicita la nulidad o ineficacia del traslado que realizó en diciembre de 1995 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en ese entonces por CAJANAL hoy liquidada, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., ante su omisión al deber de información frente al cambio de régimen pensional; deber que deben garantizar las administradoras de fondos de pensiones al momento de efectuar el traslado de los afiliados, según lo ha expuesto el órgano de cierre de esta jurisdicción desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008, con Radicado 31989 y 31314, posición que se mantiene en la actualidad.

Igualmente, sostuvo que desde la creación la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP como lo ha enseñado la jurisprudencia, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso de la gestora toda vez que su traslado del régimen pensional se realizó en 1995, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de PORVENIR S.A.,



situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Enfatizó que el formulario del traslado efectuado en 1995 a PORVENIR S.A. no fue aportado al trámite procesal, sin embargo, se aportó certificación por parte de esa administradora que da cuenta de la afiliación de la actora desde el 24 de noviembre de 1995. En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que HORIZONTE, y posteriormente COLPATRIA y PORVENIR S.A., al momento de vincular a la demandante le hubiesen suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, tornándose ineficaz la vinculación y el traslado de la demandante con la AFP privada.

En consecuencia, era procedente ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales deben incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha de entrega de los mismos, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, además de cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales, los que deben de ser devueltos en forma indexada.

Por otro lado, precisó que el hecho de haber estado la demandante afiliada a CAJANAL y no al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, al extinguirse la citada Caja, sus afiliados fueron afiliados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como único fondo público administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo tanto, ningún sustento legal tiene la afirmación de que la demandante no pertenecía al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, refirió que no tiene vocación de prosperidad la excepción de prescripción propuesta por los fondos demandados de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpuso recurso de apelación refiriendo que se presentan actos de relacionamiento y traslados horizontales cuando las personas hacen traslados entre fondos privados, así se ha expuesto en sentencia SL1061 de 2021 y SL413 del 2018, luego, en el presente caso la relación entre la voluntad y la acción es que se suscribió el formulario de afiliación en el año 1995 y existió voluntad de permanecer en el régimen pensional, por lo que solicita se aplique el artículo 1754 del C.C., el cual expresa que existe ratificación expresa o tácita de sanear el presunto vicio del contrato si se tiene en cuenta que a la demandante se le efectuaron descuentos en la cuenta de ahorro individual. Igualmente, señaló que la gestora está inmersa en la prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, adujo que sí bien la AFP debió informar de manera clara y suficiente a la actora, ello no la exoneraba del deber de analizar las condiciones del traslado, más tratándose de una persona con conocimientos jurídicos.

Además, se hace uso del Decreto 663 de 1993, sin embargo, solo hasta los años 2014 y 2015 se materializa el deber de información, sin que para el momento del traslado se exigieran más requisitos que el documento de afiliación donde consta la plena intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por último, indico que, en caso de no ser acogidas las razones de su apelación, solicita se condicione la devolución total de rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración debidamente indexados a esa administradora.

Por su parte la demandada PORVENIR S.A. en su alzada, solicita se revoquen las condenas que le fueron impuestas. Al respecto, sostuvo que en los casos de ineficacia o nulidad del traslado se deben analizar las particularidades concretas del caso, pues si bien hoy día los fondos a los cuales se trasladó la actora son entidades administradas por PORVENIR S.A., lo cierto era para la época eran entidades diferentes, por ende, la actora gozó de asesoría no solo por parte de la HORIZONTE, sino también de COLPATRIA y posteriormente por PORVENIR S.A.,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y en algún momento también hizo uso de los canales de información que dispuso esa administradora existiendo una contradicción con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 2241 del 2010 que regula los deberes de los consumidores financieros.

Además, el acto traslado del régimen pensional tiene completa validez como quiera los formularios de vinculación obrantes en el plenario son prueba de la voluntariedad y la vocación de permanencia de la demandante y en su momento se le dio la información que estaba en cabeza de ese fondo el que hoy día es más exigente, y que para el momento del traslado era imposible por esa encartada prever el desarrollo que ha tomado en la actualidad ese deber, tornándolo más exigente; de otro lado, puso de presente que la afiliada es una Juez de la República y por ende debe conocer las características básicas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También se opuso a la devolución de los rendimientos financieros junto con gastos de administración y sumas por seguros previsionales, como quiera que están contempladas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con el propósito de amparar las prestaciones de la demandante frente a contingencias por invalidez o muerte y gastos de administración, más si se tiene en cuenta que los rendimientos financieros son una figura propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decisión que contraviene lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrande que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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



irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó por parte de la actora o de la demandada PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, el formulario de afiliación que suscribió con ese fondo el 24 de noviembre de 1995; sin embargo, obra reporte SIAF (Fl. 123 archivo 03), del cual se puede colegir que se trasladó de régimen pensional en la citada calenda, indicándose que esa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliación se anuló, no obstante, tal como lo señaló el *a-quo* obra certificación emitida por PORVENIR S.A. el 13 de septiembre de 2021 en que se hace constar que la actora está afiliada a ese fondo desde el 24 de noviembre de 1995, lo que se constata con la Historia Laboral Consolidada expedida por esa administradora S.A. (Fls. 2 y 3 a 13 archivo 16), igualmente obran formularios de afiliación a COLPATRIA el 26 de noviembre de 1997 y a HORIZONTE el 23 de marzo de 1999, sin que se advierta de la primera de las referidas afiliaciones en el reporte SIAF; sin embargo, lo cierto es que esas administradoras en la actualidad están representadas por PORVENIR S.A.

Es del caso señalar que, si en gracia de discusión se hallara en el plenario dicho formulario de afiliación inicial, o incluso se pudiese decir que con los formularios de afiliación que se aportaron de COLPATRIA y HORIZONTE, se subsanara tal falencia probatoria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep. 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que en su lugar de trabajo llegaron asesores de HORIZONTE quienes solo le comunicaron algunas ventajas de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y que CAJANAL se extinguiría, por lo que estarían en peligro las cotizaciones que había realizado en esa Caja, falta de información que persistió con COLPATRIA.

De igual manera, debe acotarse que independientemente de la profesión de los afiliados, las AFP deben acometer el cabal cumplimiento del deber de información, pues el mismo no se suple con los conocimientos del potencial afiliado.



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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en su alzada.

De otro lado, Sobre los actos de relacionamiento que trae a colación el apoderado de COLPENSIONES, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:

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

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implica tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, se debe acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, que hacía alusión a dicha tesis, señalando que la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral que profirió esa sentencia, modificaba la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, por lo que al introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debió abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, debió surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, por ende, tales argumentos no son de recibo para la Sala.

De igual manera, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de verificar traslados al interior del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, no implica convalidar la falta al deber de información para el momento del traslado. En efecto, en sentencia SL1779-2022, Radicación No. 89302, del 24 de mayo de 2022, se consignó:

“De otro lado es preciso destacar que el hecho de haberse producido un traslado entre AFP del RAIS, de Protección S. A. a Porvenir S. A. y viceversa, no permite concluir que se cumpliera con el deber de asesoría, pues de acuerdo con los formularios de afiliación suscritos, estos solo contienen los datos e información general que la asegurada suministró. Por consiguiente, tal actuación no tuvo la virtualidad de ratificar ni el deseo de permanecer en ese régimen ni puede mucho menos representar el cumplimiento del deber de dar información suficiente, veraz y oportuna”.

Respecto a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión, contrario a lo aducido por el juez de instancia frente a este último concepto.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, la cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **08 2018 00053 02**
Demandante: ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ
Demandado: COLPENSIONES Y MARIA LUISA RIAÑO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada MARIA LUISA RIAÑO en contra de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho, a partir del 29 de abril de 2005 de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, junto con el correspondiente retroactivo pensional, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, relató que contrajo nupcias el 6 de julio de 1962 con el señor ALFREDO ÁLVAREZ con quien compartió techo, lecho y mesa desde esa calenda hasta el fallecimiento del cónyuge el 29 de abril de 2005, es decir, que convivieron por espacio de 43 años, además informó que producto de esa relación nació una hija de nombre YOLANDA ALVAREZ ROZO, aspectos de los que dieron cuenta JOSE MIGUEL LOZANO CONTRERAS y CIELO DEL SOCORRO CASAS DE MACHADO, en declaración extrajuicio.

Seguidamente, expuso que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES pensionó al señor ALFREDO ÁLVAREZ a través de la Resolución No. 016811 del 1º de junio de 2005. De otra parte, sostuvo que el 15 de julio de 2005 reclamó la sustitución pensional en calidad de cónyuge del afiliado fallecido, y en el mismo sentido la señora MARIA LUISA RIAÑO reclamó la pensión en representación de LUISA FERNANDA ÁLVAREZ RIAÑO el 21 de julio de 2005, igualmente, mencionó que el citado acto administrativo fue modificada a través de Resolución No. 047714 de 16 de noviembre de 2006, en el sentido de causar la prestación de vejez a favor del causante desde el 28 de abril de 2005, mismo oportunidad en la que negó la prestación deprecada a la actora y reconoció la pensión de sobrevivientes a la hija del causante LUISA FERNANDA ÁLVAREZ RIAÑO.

También narró que nuevamente el 21 de marzo de 2014, reclamó la sustitución pensional mediante revocatoria directa, pedimento que fue desatado de manera negativa por la encartada a través de Resolución GNR 219779 de 16 de junio de 2014; sin embargo, adujo que el 16 de junio de 2016 solicitó nuevo estudio de su pensión de sobrevivientes, la que fue negada por la accionada en Resolución GNR 272867 del 15 de septiembre de 2016, agotando así la reclamación administrativa. (Fls. 3 a 15 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no es dable reconocer la pensión de sobrevivientes a la demandante puesto que no cumple con los requisitos legales

para ser beneficiaria de la misma. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa y la de solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones (Fls. 39 a 44 archivo 01).

El Juzgado de origen mediante auto adiado el 2 de abril de 2018, a través del cual admitió la demanda, ordenó vincular a la señora MARIA LUISA RIAÑO, para que interviniera como tercera *ad excludendum*, si a bien lo tenía (Fl. 36 archivo 01).

De esa forma, MARIA LUISA RIAÑO se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico, señalando que convivió con el causante desde julio de 1974 hasta el 29 de abril de 2005, fecha del óbito del señor ALFREDO ALVAREZ, por lo que tiene derecho a la prestación pensional que se reclama en la litis.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de los requisitos para acceder a la pensión, inexistencia del derecho a pensión de sobrevivientes de la demandante, mala fe de la demandante, cobro de lo no debido y la genérica. (Fls. 68 a 71 archivo 01).

La tercera *ad excludendum* MARIA LUISA RIAÑO, presentó demanda de reconvención en contra de ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ y COLPENSIONES, a fin que se condene a la entidad convocada a juicio a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor ALFREDO ÁLVAREZ, a partir del 29 de abril de 2005, junto con el retroactivo de las mesadas adeudadas, los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la actualización de las sumas adeudadas, las costas y agencias en derecho, más que lo resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

Como sustento de sus pretensiones, relató que convivió en unión libre con el señor ALFREDO ALVAREZ, compartiendo techo, lecho y mesa de forma ininterrumpida desde el mes de julio de 1971 hasta el 29 de abril de 2005, fecha en la que falleció su compañero permanente, que producto de dicha relación procrearon cuatro hijos de nombre DIANA PATRICIA ALVAREZ, WILLIAN ALFREDO ALVAREZ JHOANA ASTRID ALVAREZ y LUISA FERNANADA ALVAREZ.

Señaló que el señor ALFREDO ALVAREZ fue pensionado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución No. 016811 del 1º de junio de 2005 y que el 21 de julio de 2005 solicitó la pensión de sobrevivientes, la cual le fue denegada por la entidad, empero, la reconoció a la hija menor del pensionado fallecido, LUISA FERNANDEZ ALVAREZ RIAÑO mediante Resolución 47714 del 16 de noviembre de 2006, a partir del 28 de abril de 2005, igualmente preciso que en ese mismo acto administrativo negó la pensión a la cónyuge.

Mencionó que el 21 de marzo de 2014 la cónyuge ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ solicitó la pensión de sobrevivientes, la cual negó la accionada a través de Resolución GNR 219779 de 16 de junio de 2014; mismo estudio que solicitó de nuevo el 16 de junio de 2016, el que fue negado por la COLPENSIONES en Resolución GNR 272867 del 15 de septiembre de 2016, agotando así la reclamación administrativa (Fls. 72 a 78 archivo 01).

ROSALBA ROZO DE ALVAREZ contestó la demanda de reconvención, oponiéndose a las pretensiones de la misma, aludiendo que existió una unión marital con el señor ALFREDO ÁLVAREZ, donde existió ayuda y apoyo mutuo, por tanto, el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser otorgado a su favor por tener mejor derecho.

Presentó los medios exceptivos de inexistencia de la obligación y del derecho, cobro de lo no debido, prescripción de las obligaciones y la genérica. (Fls. 102 a 103 archivo 01).

Por su parte, COLPENSIONES dio contestación a la demanda de reconvención, arguyendo que la demandante no allegó prueba alguna de la convivencia con el causante en los cinco (5) años inmediatamente anteriores a su muerte de aquel, misma prestación que reclamó la señora ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ en condición de cónyuge. Adicionalmente, refirió que reconoció la pensión de sobrevivientes a la hija del causante, quien la recibió en un 100%, y la disfrutó hasta que dejó de acreditar los requisitos de ley, luego, no era posible reconocer prestación alguna a favor de la compañera permanente y de la cónyuge.

Propuso como excepción previa la de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa, la cual declaró probada el *a-quo* en audiencia llevada a cabo el 23 de noviembre de 2020, decisión que fue revocada por esta Corporación mediante proveído adiado el 29 de enero de 2021. (Carpeta 05 – archivo Blanco y negro1406.pdf).

Formuló como excepciones de mérito las denominadas prescripción y caducidad, declaración de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Fls. 105 a 108 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, declaró que la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su cónyuge, señor ALFREDO ÁLVAREZ; en consecuencia, condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar la prestación desde el 31 de enero de 2015, en un 100% y en cuantía no inferior al SMMLV, valores que deberá indexar desde su causación y hasta el momento efectivo de su pago, autorizando a la entidad realizar los descuentos atinentes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, absolvió a la enjuiciada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ, e igualmente absolvió a esa entidad de las pretensiones impetradas por la demandante en reconvención, MARIA LUISA RIAÑO. Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas la de inexistencia de la obligación, falta de los requisitos para acceder a la pensión y la de inexistencia del derecho a la pensión de sobrevivientes de la demandante, de la misma manera declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho propuesta por la accionante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ y por COLPENSIONES. Por último, se abstuvo de impartir condena en costas en contra de las partes.

Para arribar a esa conclusión, precisó que no estaba en discusión la calidad de pensionado del causante, lo que consta en la Resolución No. 016811 del 1º de

junio de 2005 en cuantía inicial de \$381.350, decisión modificada a través de la Resolución No. 047714 del 16 de noviembre de 2005, en el sentido de señalar que el reconocimiento pensional procedía desde el 28 de abril de 2005.

Señaló que las normas que rigen la pensión de sobrevivientes, según lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia son las vigentes a la fecha del fallecimiento del pensionado o afiliado, las que para el caso son las contenidas en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, como quiera que el deceso del pensionado se produjo el 29 de abril de 2005, preceptos legales que trajo a colación. De la misma forma, destacó que la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente que concurra a su vez con la compañera permanente, a solicitar la pensión de sobrevivientes debe acreditar cinco (5) años de convivencia con el causante en cualquier tiempo.

Con base en lo anterior, destacó que de las pruebas obrantes en el plenario se podía determinar que la actora ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ a la fecha de la muerte de su cónyuge, contaba con 59 años y la compañera permanente MARIA LUISA RIAÑO, con 50 años, por ende, ambas podrían acceder de manera vitalicia a la prestación. Seguidamente, indicó que la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ y el causante contrajeron matrimonio católico el día 6 de julio de 1962, como consta en el registro civil de matrimonio que se allegó al plenario, el cual no contiene nota marginal de disolución o liquidación de la sociedad conyugal.

Mencionó que a efectos de establecer la convivencia, se allegó declaración extrajuicio rendida ante notario por CIELO CASAS DE MACHADO el 8 de julio de 2005, donde señala que la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ convivió con el causante durante 20 años, compartiendo lecho, techo y mesa y que de aquella unión nació la hija de nombre YOLANDA ÁLVAREZ ROZO, quien es mayor de edad; también en la declaración extra proceso que rindió JOSE MIGUEL LOZANO CONTRERAS el 17 de mayo de 2016 en la que dijo conocer a la actora y que convivió con el pensionado fallecido compartiendo techo, lecho y mesa desde el 6 de julio de 1962.

Asimismo, evidenció que se aportaron los registros civiles de nacimiento de LUISA FERNANDA, JOHANA ASTRID, DIANA PATRICIA y WILLIAM ALFREDO

ALVALEZ RIAÑO, junto con imágenes fotográficas aportadas por MARIA LUISA RIAÑO. También se allegó declaración extra proceso rendida ante notario por la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ el 5 de junio de 2005 en la que declaró que convivió con el pensionado desde las nupcias hasta el fallecimiento del cónyuge, igualmente reposan declaraciones juramentadas de CEVELIA PRADA DE AGUIRRE y YOLANDA ÁVILA DURÁN quienes dieron cuenta que conocieron al causante durante 20 y 10 años respectivamente y que contrajo matrimonio con la actora y convivieron hasta el día de su muerte.

También se allegó declaración juramentada de la actora dentro de la investigación administrativa adelantada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el Informe Técnico de Investigación realizado por la empresa de septiembre de 2016, junto con la certificación expedida en septiembre de 2020 en la que se detallan los valores reconocidos a LUISA FERNANDA ALVAREZ RIAÑO, en razón a la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida, y destacó igualmente la juez de instancia que recepcionó el interrogatorio de parte a la cónyuge y a la compañera permanente, además del testimonio de JOSE MIGUEL LOZANO CONTRERAS.

Así las cosas, adujo la falladora de instancia que del recaudo probatorio en comento, se podía establecer que la accionante ROSALBA ROZO DE ALVAREZ acreditó el requisito de convivencia que exigen las normas ya citadas en calidad de cónyuge supérstite, lo que la hace beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte del señor ALFREDO ÁLVAREZ, pues la relación matrimonial estuvo vigente hasta el deceso de aquel, asimismo destacó que si bien se probó que el causante sostuvo una relación sentimental con la demandante en reconvención MARIA LUISA RIAÑO, esta comenzó desde 1973, fecha que coincidente con el nacimiento de la hija de la pareja DIANA PATRICIA ALVAREZ RIAÑO quien nació el 23 de julio de 1974 según se advierte del registro civil de nacimiento, señalando que la cónyuge demandante y el causante convivieron por lo menos desde las nupcias hasta el año 1973, es decir, aproximadamente 11 años continuos, cuando ya inicio la relación con MARIA LUISA RIAÑO.

También encontró probado que la actora se separó del causante en los últimos años de vida, pues había cambiado su lugar de residencia a un apartamento a nombre de su hija y en su interrogatorio de parte confesó que ya no vivía en esa casa cuando el causante enfermó, sin embargo que todos los días lo visitaba como lo manifestó el testigo JOSE MIGUEL LOZANO CONTRERAS, quien también expresó que conoció a los esposos hace 40 años cuando llegaron a vivir al barrio Benjamín Herrera de Bogotá, reconociéndolos como un matrimonio estable donde procrearon una hija y vivieron hasta la fecha de la separación, la cual la estableció la juez de instancia, producto del interrogatorio en la investigación administrativa, en el año 2013 cuando el causante enfermó de cáncer.

Por lo anterior, señaló que si bien la cónyuge no convivió con el causante hasta su muerte, si se pudo establecer que vivió con él por un periodo mayor a 5 años continuos, siendo indubitable que acreditó la convivencia necesaria para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, destacando además que siempre estuvo al tanto de su cónyuge pese a la separación, pues fue quien sufragó los gastos funerarios, indicando que la continuación de los lazos de familia y ayuda mutua no son requisitos para determinar el reconocimiento pensional.

En otro giro, frente a la convivencia del pensionado con la demandante en reconvencción MARIA LUISA RIAÑO, estimo la *a-quo* que si bien se pudo determinar la existencia de la relación sentimental desde junio de 1973, no se pudo esclarecer la convivencia con éste dentro de los últimos 5 años anteriores a la muerte, dado que la única prueba que se allegó para el efecto fue el interrogatorio de parte rendido por la misma compañera permanente, pues desistió de los testimonios decretados a su favor y no aportó otra probanza que permitiera establecer tal aspecto. Sin embargo, expuso que de tenerse en cuenta el testimonio practicado al señor JOSE MIGUEL LOZANO CONTRERAS, el mismo fue enfático en indicar que no conocía a la señora MARIA LUISA RIAÑO, sino que solo hasta el sepelio supo que fue compañera permanente de pensionado fallecido.

Asimismo, señaló que con las pruebas aportadas solamente se podía determinar que convivió con el causante de manera ininterrumpida desde agosto del año

2003, cuando el señor ALVAREZ enfermó y por petición de la señora ROSALBA ROZO ella fue a convivir para cuidarlo, luego, el solo nacimiento de los hijos no era suficiente para acreditar la convivencia continua. Por todo lo anterior, declaró que MARIA LUISA RIAÑO no era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y por lo tanto no le asistía tal derecho y a la señora ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ se correspondía el 100% de la prestación pretendida, autorizando los descuento de ley al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto de la prescripción declaró prescritas las mesadas con anterioridad al 31 de enero de 2015, ya que la reclamación administrativa fue presentada por primera vez desde el 15 de julio de 2005 y resuelta en noviembre de 2006, por lo que tenía hasta el noviembre de 2009 para incoar la acción, sin embargo, lo realizó hasta el 31 de enero de 2018 como consta el acta de reparto, quedando probado de manera parcial dicho medio exceptivo.

Frente a los intereses moratorios, determinó que no eran dables, puesto que cuando COLPENSIONES negó el derecho había una controversia sobre el titular del mismo entre la cónyuge, compañera permanente y la hija de esta última, por ello tal negación no fue producto de un capricho de la administradora sino una situación legal debido a esa controversia, por ello ordenó en su lugar la indexación del retroactivo de las mesadas causadas desde su causación hasta la fecha de su pago.

Declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de los requisitos para acceder a la pensión y la de inexistencia del derecho a la pensión de sobrevivientes de la demandante, de la misma manera declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho propuesta por la accionante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ y por COLPENSIONES, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandante en reconvención MARIA LUISA RIAÑO la apeló, sosteniendo que se convalidó a través del interrogatorio de parte que depuso la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ, que conocía de la

convivencia del causante con la demandante en reconvención, la cual a través de los años fue aceptada. De otra parte, los medios fotográficos que se allegaron al plenario son pruebas idóneas y contundentes de la comunidad de vida que sostenía de forma simultánea el causante con la cónyuge y la compañera permanente, por lo que esta última tiene derecho a la pensión de sobrevivientes ya que cumplió con los requisitos de ley.

Además, señaló que el único testigo que rindió declaración en el trámite procesal, fue espontáneo y claro en señalar que tenía la calidad de compañera permanente, así solo se hubiese enterado en el funeral del causante de tal situación, lo cual deja ver que la compañera tenía derecho a la pensión, más cuando se ha establecido que los cinco (5) años de convivencia pueden ser en cualquier tiempo; además se estableció que acompañó al causante hasta el día de su muerte con el consentimiento de la cónyuge, acreditándose que compartió techo, lecho y mesa con el aquel hasta su óbito, lo que la hace acreedora a compartir la mesada pensional reconocida en un 50%.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si a la demandante señora ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ, en calidad de cónyuge, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del causante señor ALFREDO ÁLVAREZ; o si por el contrario, tal derecho le corresponde a la demandante en reconvención, señora MARIA LUISA RIAÑO en calidad de compañera permanente del fallecido, o en forma proporcional a cada una de ellas atendiendo el tiempo de convivencia con el pensionado fallecido.

c. De la Calidad de Pensionado del Causante:

Previo a la resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, se advierte que no fue objeto de reproche que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al señor ALFREDO ÁLVAREZ, por ser beneficiario del régimen de transición según lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, mediante Resolución No. 016811 de 1º de junio de 2005 en cuantía inicial de \$381.500, a partir del 1º de junio de 2005 (Fl. 28 del documento digital GRP-HPE-HV-CC-3266229-3_1 de la carpeta 03).

Decisión que fue modificada a través de la Resolución 047714 del 16 de noviembre de 2006, en el sentido de señalar que la pensión de vejez se causó a partir del 28 de abril de 2005, además concedió la sustitución pensional a la hija menor del causante, quien estaba representada por su progenitora MARIA LUISA RIAÑO, y negó la sustitución pensional a la cónyuge demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ, decisión esta última que mantuvo la entidad demandada, en Resoluciones GNR 219779 de 16 de junio de 2014 y GNR 272867 de 15 de septiembre de 2016. (Fls. 18 a 22, 23 a 24 y 27 a 29 archivo 01).

Asimismo, tampoco fue objeto de inconformidad el hecho que la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ, contrajo nupcias por el rito católico con el causante el 6 de julio de 1962, según da cuenta el Registro Civil de Matrimonio que obra a folio 34 del archivo 01 del expediente, documento que no contiene nota marginal de disolución. También quedó acreditado que el señor ALFREDO ÁLVAREZ falleció el 29 de abril de 2005, según se indica en el Registro Civil de Defunción que obra en el expediente a folio 33 del archivo 01.

d. De la Pensión de Sobrevivientes:

Puestas a si las cosas, se advierte que conforme lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo, que para el presente evento refieren a los artículos

12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,”

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, sobre la transversalidad de la convivencia los siguiente:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

“Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

“Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.

“[...]

“Pues bien, de la normativa transcrita 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.º 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).”

Contrario al caso de la cónyuge, la compañera permanente debe avalar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).”

e. Del Caso en Concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que la cónyuge demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ nació el 1º de febrero de 1946, entre tanto, la compañera permanente MARÍA LUISA RIAÑO nació el 3 de abril de 1954, luego a la fecha del deceso del pensionado eran mayores de 30 años, lo que las ubica en la primera de las hipótesis que regula el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (Fls. 16 y 80 archivo 01).

De otra parte, se pudo establecer que la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ y el señor ALFREDO ÁLVAREZ contrajeron matrimonio el 6 de julio de

1962, según se colige del Registro Civil de Matrimonio, el cual como ya se expuso no contiene nota marginal de disolución (Fl. 34 archivo 01).

Igualmente, se allegaron declaraciones extrajudicio rendida por CIELO DEL SOCORRO CASAS DE MACHADO el 20 de mayo de 2016, quien dijo conocer a la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ por lo que le consta que convivió con el causante por más de 20 años, compartiendo lecho, techo y mesa hasta el fallecimiento del pensionado; también expuso que de esa relación nació una hija de nombre YOLANDA ÁLVAREZ ROZO, quien es mayor de edad. También obra declaración extraproceso que rindió JOSE MIGUEL LOZANO CONTRERAS el 17 de mayo de 2016, el cual dijo conocer a la actora hace más de 25 años y que convivió con el causante compartiendo techo, lecho y mesa desde el 6 de julio de 1962 hasta el fallecimiento de su cónyuge; de otro lado, sostuvo que le constaba que la pareja procreó una hija que en la actualidad es mayor de edad. Asimismo, se advierte que ambos declarantes señalaron al unísono que el causante concibió hijos fuera del matrimonio. (Fls. 30 a 32 archivo 01).

Asimismo, se allegaron los registros civiles de nacimiento de los hijos del pensionado fallecido y de la demandante en reconvención MARIA LUISA RIAÑO, de nombre LUISA FERNANDA, JOHANNA ASTRID, WILLIAM ALFREDO y DIANA PATRICIA ALVALEZ RIAÑO, observándose que la primera en nacer fue DIANA PATRICIA el 23 de julio de 1974 y la última LUISA FERNANDA el 1º de octubre de 1989 (Fls. 83 a 86 vto. archivo 01).

De la misma forma, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante en reconvención MARIA LUISA RIAÑO quien manifestó que convivió con el señor ALFREDO ÁLVAREZ desde que tenía 17 años, es decir, aproximadamente desde el 1973 hasta el día del fallecimiento, en distintos barrios de Bogotá como en el Siete de Agosto, Prado Veraniego y Benjamín Herrera, que dos o tres meses después de salir con el causante, conoció que estaba casado con la señora ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ, por cuanto coincidieron los tres en una panadería y allí aquel le comento tal situación; que el causante estaba con ella 3 días y luego pasaba 8 días con la cónyuge, o tres días con cada una, lo cual intuía que era de esa manera, también señaló que mantenía contacto con la demandante ROSALBA ROZO.

Que no conoció que su compañero frecuentara a otras personas diferentes a la cónyuge, que ella conoció a otras dos hijas del causante hace 5 años, pero una de ellas se cambio el nombre y no supo más de ellas. Además, narró que ella lo cuidó en su enfermedad los últimos dos (2) años, debido a que la señora ROSALBA ROZO DE ALVAREZ le pidió que fuera a su casa y cuidara a su esposo, que eso fue los últimos tres (3) o cuatro (4) años antes del fallecimiento, empero, la cónyuge no vivía en ese lugar; que se había ido de la casa hacía unos cuatro (4) o (5) años, pero lo visitaba constantemente, que ella no reclamó la pensión por que le dijeron que solo se podía para los hijos menores de edad, y fue así que le dieron la pensión a su hija, que la cónyuge pagó los gastos funerarios junto con su hija YOLANDA ALVAREZ ROZO, porque ella y sus hijos no tenían dinero.

Por su parte, la demandante ROSALBA ROZO DE ALVAREZ relató que se casó con el causante el 6 de junio de 1962, que tuvieron una hija que en la actualidad tiene 52 años, que ella siempre le prestó ayuda a su cónyuge y además le pidió ayuda a la señora MARIA LUISA para que lo cuidara; dijo que la conoció por que el causante las obligaba a compartir en familia en días especiales, pero la primera vez que los vio fue en una panadería; que supo que tuvieron cuatro hijos (4) con la compañera permanente, además señaló que nunca se divorciaron.

De la misma forma, se recibió el testimonio de JOSE MIGUEL LOZANO CÁRDENAS, quien manifestó que vive en unión libre con la demandante ROSALBA ROZO hace 10 años, esto es, desde 2012; que la conoció hace 40 años y que también conoció a ALFREDO ÁLVAREZ, y le consta que estaban causados, que tuvieron una hija, los reconoce porque llegaron a vivir al barrio Benjamín Herrera en Bogotá, que el causante manejaba un camión y que conoce que con la demandante procrearon una hija, y que se separaron cuando el causante todavía estaba en vida. Que ROSALBA y MARIA LUISA estaban pendientes del causante, e iban al Cancerológico, dijo que entendía que MARIA LUISA era una hija, pero después supo que era una compañera más, de lo cual se enteró en el funeral.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte sin asomo a equivoco, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ convivió con el causante por lo menos desde la calenda en que contrajeron nupcias, esto es, desde el 6 de

julio de 1962 al año 1974 cuando nació la primera de las hijas que procreó con MARÍA LUISA RIAÑO, ya que como se expuso no convivió con el pensionado fallecido en los últimos años de vida de aquel, pese a que tal como lo reconoció la demandante en reconvención estuvo pendiente en la etapa de la enfermedad de aquel y sufragó los gastos de su funeral.

De lo expuesto, se puede inferir con total certeza como lo dedujo la Juez de instancia, que efectivamente la convivencia del señor ALFREDO ÁLVAREZ con la cónyuge demandante se mantuvo por espacio de 14 años, acreditando así los cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo que exigen las normas que regulan la pensión de sobrevivientes en el caso de la cónyuge supérstite.

En el caso de la compañera permanente MARÍA LUISA RIAÑO, si bien quedó acreditado que engendró cuatro hijos con el causante ALFREDO ÁLVAREZ, los cuales nacieron entre el 23 de julio de 1974 y el 1º de octubre de 1989, entendiéndose como lo señaló dicha accionante, que la relación con el causante pudo subsistir entre 1973 hasta el año 1989, también lo es, que no obran medios prueba que permitan inferir con de manera contundente que haya existido una convivencia hasta el momento del deceso del pensionado.

Y ello es así, pues si bien, la compañera permanente y la cónyuge fueron contestes en afirmar que el causante las hacía compartir en fechas especiales, y que la misma cónyuge le pidió a la MARIA LUISA que fuera a vivir a su casa para cuidar al causante por la enfermedad que padecía, esa sola afirmación no permite establecer el hecho de la convivencia en lo que concierne a la demandante en reconvención en los últimos cinco (5) años que se requieren para el caso de la compañera permanente, pues nótese que señaló que cuidó al causante en su enfermedad en los últimos cuatro (4) o tres (3) años, sin que se pudiese establecer la continuidad de la convivencia de MARIA LUISA RIAÑO y ALFREDO ÁLVAREZ entre la fecha en que nació la última de las hijas de la pareja en el año 1989 y la calenda en la que fue a cuidarlo a la casa de la cónyuge.

Tampoco del testimonio de JOSE MIGUEL LOZANO CÁRDENAS, fue posible determinar la convivencia de los compañeros permanentes pues, como viene de verse, dijo que se enteró de la condición de MARIA LUISA RIAÑO respecto del causante en el sepelio y también dijo que la cónyuge se había separado antes del

fallecimiento; además no se entiende como únicamente solicitó la pensión de sobrevivientes para su hija menor de edad, pero ni siquiera realizó el menor esfuerzo por reclamar la prestación pensional para ella si ostentaba la condición de compañera permanente; de la misma forma cabe destacar que las fotografías que allegó la citada demandante en reconvención no se puede inferir la convivencia real y efectiva de la pareja en los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento del pensionado, como se ha dicho, en sentencia SL903-2014 y SL1430-2022, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos por la apelante en su alzada al respecto.

Igualmente, se observa que obra declaración rendida por la demandante ROSALBA ROZO DE ÁLVAREZ ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 12 de septiembre de 2006, en el que dijo que con convivió con su cónyuge desde que se casaron en 1962 hasta 1974 y de ahí en adelante comenzó a ir de manera interrumpida *“pero ya cuando se vio sin plata, no volvió a irse que eso fue en el año 1998”* haciendo alusión a quien fuera su esposo (Fls. 14 a 19 del documento digital GRP-HPE-ES-CC-3266229-2_1- carpeta 03), versión que confirma la hipótesis relacionada con que el causante no convivió de forma ininterrumpida con MARIA LUISA RIAÑO los últimos cinco (5) años anteriores al deceso del pensionado, pues a lo sumo se podría colegir que esa situación se dio por espacio de cuatro (4) años anteriores al fallecimiento de aquel, ante la evidente orfandad probatoria que permitiese inferir lo contrario.

De esta forma, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la decisión de la Juez de primer grado, que concedió la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite, a partir del 29 de abril de 2005, en un 50% respecto del monto total que le fue reconocido al pensionado ALFREDO ÁLVAREZ, ya que como viene de verse, tal prestación igualmente le fue reconocida a la hija menor de edad del causante, porcentaje que se incrementará para el reconocimiento final en un 100% como se explicará más adelante, prestación de la cual se podrán efectuar los descuentos de Ley para el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, se desestiman las pretensiones de la compañera permanente que demanda en reconvención al no haber acreditado el requisito de convivencia exigido por la ley.

Con respecto a los intereses moratorios que se deprecian en la demanda, la Sala no ahondará sobre tal aspecto, pues si bien son dables ante la falta de pago de las prestaciones debidas sin importar el comportamiento de buena o mala fe del deudor, en estos casos se debe tener en cuenta lo establecido por la Alta Corporación, en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL2609-2021, que determina que los intereses moratorios no proceden cuando exista controversia entre posibles beneficiarios. No puede soslayarse que estarse estudiando el presente proceso en Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se confirmará la sentencia del *a-quo* sobre este aspecto no fue objeto de controversia por la demandante principal, y en su lugar se mantendrá la indexación de las mesadas ordenada por la juez de instancia.

Finalmente, como quiera que la demandada propuso la excepción de prescripción, se advierte que la actora elevó reclamación solicitando el reconocimiento pensional aquí analizado, por primera vez el 15 de julio de 2005, el cual fue denegado mediante Resolución No. 047714 del 16 de noviembre de 2006, sin que se observe que se presentaran recursos en el término de ley en contra de ese acto administrativo, sin embargo, la activa presentó ante la entidad demandada revocatoria directa de dicha Resolución el 21 de marzo de 2014, pedimento que fue denegado a través de Resolución GNR 219779 de 2014, más adelante el 15 de junio de 2016 solicitó nuevo estudio de pensión, la que fue negada en Resolución GNR 272867 de 2016 (Fls. 18 a 29 archivo 01) y la presente demanda fue impetrada el 31 de enero de 2018, según se corrobora de la hoja de reparto (Fl. 35); luego, de tomarse las últimas reclamaciones al tratarse de prestaciones periódicas, la prescripción sería anterior a la fecha establecida por el *a-quo* desde el 31 de enero de 2015, y al estudiarse el plenario en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se confirmará la decisión en este aspecto.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante en reconvención.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante en reconvención y a favor de la demandante principal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la demandante en reconvención **MARÍA LUISA RIAÑO**, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 10 2019 00288 01**
Demandante: FRAHIAN STIVEN BLANCO ESPITIA
Demandado: JHON ALEXANDER OSORIO PARRA
 INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRÍGUEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FRAHIAN STIVEN BLANCO ESPITIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la señora INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRÍGUEZ y del señor JHON ALEXANDER OSORIO PARRA en calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado CLUB RIVER PLATE COLOMBIA, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con las personas naturales y el CLUB RIVER PLATE COLOMBIA, por el periodo comprendido entre el 7 de marzo de 2017 y el 15 de enero de 2019, el cual terminó sin justa causa por parte de la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRÍGUEZ.

Por consiguiente, pretende que se condene al extremo pasivo a pagar la indemnización por despido sin justa causa, auxilio de cesantías, intereses a las

cesantías, prima de servicios, vacaciones y la sanción por no consignación de las cesantías, causados durante toda la vigencia de la relación contractual, junto con la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la indexación más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que desde el 7 de marzo de 2017 se vinculó con el CLUB RIVER PLATE COLOMBIA, mediante contrato de trabajo pactado verbalmente con el representante legal del mismo, señor JHON ALEXANDER OSORIO PARRA, para desempeñar el cargo de veedor de campos, los días sábados y domingos de 6:00 am a 6:00 pm., igualmente, indicó que las funciones que le asignaron los demandados consistía en mantener en orden y limpios los campos y colaborar con el parqueadero, labores por las cuales recibió la suma de \$50.000 diarios; destacó que el Club es una sociedad comercial que tiene como actividad la enseñanza deportiva y recreativa del fútbol.

Manifestó que en el mes de julio de 2017 suscribió con el CLUB RIVER PLATE COLOMBIA un contrato de prestación de servicios, en el que se estableció que era una franquicia oficial del Club River Plate de Argentina, sin embargo, al verificar en la Cámara de Comercio de esta ciudad encontró que se trataba de un establecimiento de comercio de propiedad del demandado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA; por ende, el accionado junto con la convocada a juicio INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRIGUEZ y el citado CLUB RIVER PLATE COLOMBIA, son sus empleadores.

Refirió que en virtud de mencionado contrato desarrolló la función de cobro de cartera los días lunes, miércoles, viernes, sábados y domingos de 9:00 a.m. a 7:00 p.m., percibiendo una asignación mensual de \$800.000, labor que desempeñó hasta 19 de enero de 2018. Relató que el 20 de enero de 2018 suscribió un nuevo contrato de prestación de servicios para desempeñar el cargo de coordinador administrativo, en virtud del cual estaba a cargo de toda el área administrativa de la escuela deportiva, labores que desempeñó los días

lunes, miércoles, viernes sábado y domingo en horario de 10:00 am a 6:00 pm, recibiendo una asignación mensual de \$1.100.000.

Sostuvo que el 15 de enero de 2019, a través de un mensaje de *whatsapp* remitido desde el celular del accionado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA, la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRÍGUEZ le informó de la terminación del contrato. Adujo que durante toda la relación contractual recibió instrucciones de los referidos demandados, cumplió el horario asignado y recibió una remuneración por sus servicios, lo que configura un contrato de trabajo; igualmente señaló que en el contrato de prestación de servicios del 20 de enero de 2018, se acordó un lapso de duración de 11 meses, sin embargo, solo fue terminado hasta el 15 de enero de 2019; destacó que no fue afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social, como tampoco se le pagaron prestaciones sociales y vacaciones, ni la indemnización por despido sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA contestó el libelo genitor con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que entre las partes no existió una relación laboral, dado que el actor fue contratado a través de un contrato de prestación de servicios, de modo que no era obligación el afiliarlo al Sistema Integral de Seguridad Social ni pagar prestaciones sociales.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la relación laboral y la genérica o innominada (fls. 54 a 61 archivo 03).

A su turno, la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRÍGUEZ, se opuso a las pretensiones del escrito inaugural, indicando que entre las partes no existió un contrato de trabajo, ya que el actor fue contratado a través de un contrato de prestación de servicios el cual no genera relación laboral ni el pago de prestaciones sociales.



Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la relación laboral, tacha de falsedad material, temeridad o mala fe y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA, entre el 7 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2019, desempeñando los cargos de Veedor de Campo, Cobro de Cartera y Coordinador Administrativo, percibiendo entre el 7 de mayo al 30 de junio de 2017 la suma de \$ 400.000; del 1º de julio al 31 de diciembre de 2017 \$800.000 y del 20 de enero de 2018 al 15 de enero de 2019 \$1.100.000; relación laboral que finalizó por despido sin justa causa.

En consecuencia condenó al demandado a pagar por concepto de auxilio de cesantías \$1.675.833, por intereses sobre las cesantías \$172.789, por prima de servicios de los años 2017, 2018 y 2019, \$566.666, \$1.100.000 y \$49.333, respectivamente; por vacaciones \$938.875; por indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T. la suma de \$26.400.000, y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas respecto de las cuales emitió condena por los conceptos de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios; igualmente, condenó al pago de la sanción del artículo 99 Ley 50 de 1990 por \$8.800.000. De otra parte, condenó al pago de aportes a pensión por los meses de mayo y junio de 2017 con un salario mínimo legal de \$637.717, a razón de 8 días por mes; por los meses de julio a diciembre de 2017 sobre un salario de \$800.000 por tiempo completo; y de enero de 2018 a enero de 2019 sobre un salario de \$1.100.000 por tiempo completo.

Declaró probada la excepción de prepuesta por la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA de inexistencia de la relación laboral, absolviéndola de las pretensiones elevadas en su contra. De la misma forma, declaró no probada la tacha de falsedad propuesta frente al documento denominado Contrato de Prestación de Servicios celebrado el 20 de enero de 2018 (Fls. 2 a 4 del

plenario y PDF) y condenó en costas al enjuiciado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA.

Para arribar a tal conclusión, la falladora de instancia en inició se pronunció sobre la tacha de falsedad propuesta por la parte demandada frente al contrato de prestación de servicios suscrito en el año 2018, para lo cual trajo a colación el artículo 269 del C.G.P., indicando que en el momento procesal pertinente ordenó las pruebas del caso, no obstante, en el trámite procesal no fue posible practicar la prueba grafológica, además la parte demandante no allegó el original del documento en cuestión. No obstante, adujo que si bien la parte demandada indicó que no suscribió el contrato que tachó de falso, lo cierto era que en los hechos y razones que refirió en la contestación de la demanda, destacó que nunca existió un contrato de trabajo, por cuanto la relación contractual se dio a través de un contrato de prestación de servicios, además el hecho 11 se tuvo por confeso, concluyendo la juez de instancia, que pese a que no se pudo llevar a cabo la prueba grafológica, el contrato no adolece de falsedad.

Seguidamente, al estudiar lo relativo a la existencia del contrato de trabajo que se reclama en el *petitum*, hizo mención a los artículos 23 y 24 del C.S.T., precisando que en el presente asunto, de acuerdo a lo expuesto no se negó la prestación personal del servicio por parte del actor; además, ante la inasistencia de los demandados al interrogatorio de parte, aplicó la confesión ficta sobre los hechos de la demanda 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 22, 24, 25, 26, ratificando así lo atinente a la prestación del servicio por parte del gestor en el establecimiento de comercio CLUB RIVER PLATE DE COLOMBIA, el cual de acuerdo al certificado de Cámara de Comercio es de propiedad del demandado JHON ALEXANDER OSORIO, además indicó que también se pudo establecer que los demandados daban órdenes al actor y establecieron sus funciones, además celebraron varios acuerdos en los que desempeñó diversos cargos.

De otra parte, mencionó que no se pudo corroborar que la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA fuese representante legal suplente del Establecimiento de Comercio en comento, el que además, no es una persona

jurídica, por tanto, no tiene representante legal principal o suplente, de modo que el único que tiene el control y poder de decisión sobre el mismo es su propietario, es decir, el señor JOHN ALEXANDER OSORIO PARRA. Luego, al referirse sobre la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHÁ señaló que, en caso de haber fungido como administradora o gerente, ello no la calificaba como empleadora, sino representante del verdadero empleador, en este caso, del encartado ALEXANDER OSORIO PARRA.

Al hacer alusión a los videos y los mensajes de *whatsapp* que allegó el gestor, estimó que no era factible verificar de quién provenían, sin embargo, se constituían en prueba indiciaria de acuerdo a lo reseñado en la sentencia T 043-2020, lo que, aunado a la confesión ficta, permitían ratificar la subordinación del actor respecto del demandado JHON ALEXANDER OSORIO, declarando la existencia de la relación laboral del 7 de mayo de 2017 hasta el 15 de enero del año 2019. Relación laboral que feneció por parte del empleador de acuerdo a la nota de audio de *whatsapp* del 15 de enero de 2019 que remitió la representante del empleador INGRITH ALEJANDRA CICACHÁ, la que al no ajustarse a las causales consagradas en los artículos 62 y 63 del C.S.T, permiten concluir que existió un despido sin justa causa, lo que da lugar a la procedencia de la respectiva indemnización.

En cuanto al salario dijo que del 7 de mayo al mes de junio de 2017 el actor, prestó sus servicios los sábados y los domingos devengando la suma de \$50.000 diarios, desarrollando la labor de Veedor; desde julio de esa calenda efectuó la labor de Cobro de Cartera con un salario mensual de \$800.000 y desde el 20 de enero del 2018 hasta el 15 de enero de 2019 la remuneración mensual fue de \$1'100.000. Procediendo sobre esa base a liquidar las acreencias reclamadas por cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones y prima de servicios.

En otro giro, al estudiar la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., dijo que no encontró un comportamiento de buena fe del demandado JHON ALEXANDER OSORIO; de modo, que al haber encontrado que el actor estaba bajo subordinación y además percibía una remuneración por sus servicios, la Juez de primer grado encontró viable condenar al pago de la citada

indemnización. De la misma forma, impartió condena por la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al no encontrar justificación por la falta de consignación de las cesantías en un fondo.

Por último, respecto a la condena deprecada por aportes a señaló que no se acreditó la afiliación a salud y riesgos profesionales, sin embargo, al no haberse solicitado perjuicios frente a la falta de afiliación no emitió condena, la cual solo se emitió frente a los aportes en pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Indicó que, de acuerdo a las pruebas aportadas, se demostró que el CLUB RIVER PLATE COLOMBIA es una persona jurídica y por ende fingió como empleador, lo cual también se predica de la señora INGRITH ALEJANDRA CICACHÁ RODRÍGUEZ, de modo que una condena frente a una sola persona natural es insuficiente e ilusoria para sus intereses. Luego, la relación laboral no solo surgió con una persona natural, sino con la persona jurídica CLUB RIVER PLATE COLOMBIA, toda vez que realizó labores a favor del Club como cobro de cartera, administración de las canchas, y demás labores encomendadas no solamente por un jefe sino por las dos personas naturales que fungían como representantes del CLUB RIVER PLATE COLOMBIA.

Además, de las pruebas testimoniales se puede inferir que los dos demandados eran los empleadores, máxime que nunca se tacharon los mensajes de *whatsapp*. Respecto a los Riesgos Profesionales. los aportes se constituyen en una obligación legal de obligatorio cumplimiento, y no solamente cuando se presenta un imprevisto como refirió el *a-quo*.

Por su parte, el demandado JHON ALEXANDER OSORIO, inconforme con la condena que le fuera impuesta por el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., señaló que desde el inicio admitió la existencia de un contrato de prestación de servicios, por lo que actuó con pleno convencimiento que no tenía que solucionar acreencias laborales; de modo que su buena fe se demuestra con la aceptación que hizo desde la contestación de la demanda de que el contrato que los regía era de prestación de servicios.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problemas jurídicos a resolver: (i) Si la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRIGUEZ y el CLUB RIVER PLATE COLOMBIA también fungieron como empleadores del actor; y (ii) si procede la condena por Riesgos Profesionales y por la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

c. De la existencia del contrato de trabajo:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, procede esta Colegiatura a verificar si la falladora de instancia erró al determinar que el demandante no sostuvo una relación laboral con la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRIGUEZ y con el establecimiento de comercio CLUB RIVER PLATE COLOMBIA.

Al respecto, advierte la Sala que no es objeto de controversia entre las partes en esta instancia, la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el demandado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA entre el 7 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2019, el cual terminó por despido sin justa causa, además de los cargos que desempeñó el promotor durante la vigencia del contrato, los salarios que se establecieron por parte de la Juez de primer grado, junto con los conceptos y montos a los cuales fue condenado a pagar el actor; excepto lo atinente a Riesgos Laborales y la indemnización moratoria.

Acorde con lo anterior, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

En punto de lo anterior, y dado que en el trámite procesal se dio aplicación a la confesión presunta del artículo 205 del CGP, respecto de los hechos 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 24 y 25, ante la inasistencia de los demandados al interrogatorio de parte, los que hacen alusión en síntesis que además del accionado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA, la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRÍGUEZ también asignó funciones al actor, le fijó horarios, pagó salarios, finalizó la relación laboral del demandante, le impartió instrucciones y además le adeuda las acreencias laborales.

En esa medida, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral ha sostenido que dicha presunción legal admite prueba en contrario. Así lo expuso en sentencia SL1760-2020, con Radicación No. 50484 de 10 de junio de 2020; postura que ha sido reiterada por ese órgano de cierre en sentencia SL4323-2021 con Radicación No. 81602 de 22 de septiembre de 2021, en la que indicó:

“No sobra agregar, que la confesión ficta constituye una mera presunción legal o «iuris tantum», la que admite prueba en contrario, como también lo dijo recientemente la Sala en la sentencia antes mencionada, en la que precisó: «si la Sala la tuviera por válida también es de resaltar que de conformidad con el artículo 201 ibídem, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL13572018)».”

Bajo ese escenario, procede esta Colegiatura a analizar las pruebas recaudadas en el presente proceso, verificándose que el demandante FRAHIAN STIVEN BLANCO ESPITIA, en su declaración dijo respecto a su vinculación con los propietarios del establecimiento de comercio RIVER PLATE COLOMBIA, que en 2017 fue contratado de manera verbal con un contrato a término indefinido, y en 2018 suscribió un contrato de Prestación de Servicios, además sostuvo que desde el inicio se le indicaron las labores a realizar y las funciones por parte de los demandados ALEXANDER OSORIO y ALEJANDRA CICACHÁ. También relató que entregaba cuentas de cobro a cualquiera de los dos demandados, mismos a los que reportaba su hora de llegada y salida, de acuerdo a las órdenes impartidas por estos en tal sentido; que desde julio de 2017 fue ascendiendo dado que los aludidos enjuiciados vieron su potencial y estos le asignaron un salario de acuerdo a las funciones que asumió; que su labor de Coordinador Administrativo la desempeñó hasta la finalización del contrato, cuando la demandada INGRITH ALEJANDRA le envió un mensaje de audio.

De otra parte, se recibió el testimonio de la señora ANGIE PAOLA VARGAS CAMINO, quien dijo conocer al actor y que en algún momento compartió con los accionados, quienes hablaban de trabajo cuando se reunían, quienes mencionaron el tema de las canchas y de las actividades que desarrollaba el actor, quien tenía que estar pendiente de las personas que adeudaban montos dinerario a la escuela; además expuso que conocía que viajaron a Argentina y a Perú, en tanto el actor le envió registro fotográfico de unos campeonatos; aseveró que no se acercó a las instalaciones del Club, sino en dos ocasiones a la casa de habitación de los demandados.

Sostuvo que sabía que el demandante cumplía un horario y que laboraba por días. Por último, aseveró no conocer la clase de contrato que sostuvieron las partes, ni el horario o el salario que devengaba el demandante.

A su turno, el testigo KEVIN VELANDIA COLMENARES, adujo que en el año 2018 visitó al demandante en el Club, en donde permaneció por espacio de una hora y media; que no conoce los pormenores de la relación contractual que unió a las partes. A la pregunta de quién impartía órdenes al actor, dijo que la señora no estaba y tampoco la conoce.

En ese orden de ideas, se debe señalar que la prueba testimonial es calara en señalar que las actividades del actor se prestaban en la explotación del establecimiento de comercio, el cual, a diferencia de lo alegado por el apelante, no se constituye en persona jurídica. En este punto, y dado que el actor en su impugnación señala que tampoco era viable desvincular al CLUB RIVER PLATE COLOMBIA, dando a entender que debe responder por las condenas impartidas, debe recordar este Juez Colegiado que de manera reiterada se ha indicado que los establecimientos de comercio no tienen capacidad para comparecer a juicio, pues carecen de personería jurídica, de modo que quien responde es el propietario del establecimiento de comercio, tal como lo ha expuesto el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL4770-2018, Radicación No. 54432 de 7 de noviembre de 2018, donde señaló:

“En ese orden no se observa que el Tribunal haya incurrido en los yerros fácticos que le endilga el recurrente, pues como el demandante prestó servicios para un establecimiento de comercio que no tiene capacidad

para ser parte en un proceso porque carece de personería jurídica, los llamados a responder son sus propietarios quienes como personas naturales constituyeron la sociedad Ortocid Ltda., que a su vez es propietaria de tales establecimientos de comercio, como lo coligió el Tribunal y lo corroboran las pruebas, lo que amerita su condena.”

Así las cosas, al acreditarse que la prestación del servicio se verificó en la explotación del establecimiento de comercio, le asiste razón a la *a-quo* al concluir que el verdadero empleador lo fue el propietario del mismo.

Lo cual además permite establecer que la señora INGRITH ALEJANDRA CICACHA RODRIGUEZ actuó como representante del verdadero empleador, según las voces del artículo 32 del C.S.T., de ahí que quien realmente se obliga en este caso, es el empleador convocado a juicio JHON ALEXANDER OSORIO PARRA.

Frente al dicho del actor en su impugnación que los mensajes de *whatsapp* que allegó con la demanda no fueron tachados de falsos, por lo que la jurisprudencia que citó el juzgado primigenio no era aplicable al caso, debe señalar la Sala que de manera alguna la juez de primer grado al valorar tales medios de convicción, señaló que eran falsos; lo que indicó es que según lo aducido en la sentencia T-043 de 2020, el valor que les daría sería el de una prueba indiciaria, por lo que al analizar en conjunto los diferentes medios de prueba que se recaudaron en el trámite procesal, la llevaron a determinar que el empleador del actor era el demandado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA, al ostentar la calidad de propietario del establecimiento de comercio en el cual prestó sus servicios.

Situación que tampoco cambia lo dicho hasta aquí, frente a la demandada INGRITH ALEJANDRA CICACHÁ RODRIGUEZ, más aún si se tiene en cuenta que ninguno de esos mensajes provenía de esa encartada, pues todos aluden a un chat que está a nombre de ALEX OSORIO, de modo que no se advierte yerro alguno en la decisión de la falladora de primer grado de absolverla de las pretensiones elevadas en su contra por el promotor.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

d. Aportes a Riesgos Laborales:

Frente a la inconformidad que plantea el actor respecto a la absolución del pago de aportes a Riesgos Laborales, debe señalar esta Corporación que la jurisprudencia ha enfatizado que se puede deprecar la devolución de los gastos en que se ha incurrido ante la falta de afiliación, entre otras en la sentencia SL3009-2017, Radicación No. 47044 de 15 de febrero de 2017, en la que se señaló:

“En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.”

“Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica”.

Aspectos que en el *sub-lite* no se acreditaron, por tanto, no es posible impartir condena al respecto, tal como lo expuso la falladora de primer grado, por lo que se confirmará la absolución impartida.

e. De la Indemnización Moratoria:

Aduce el demandado JHON ALEXANDER OSORIO PARRA en su alzada, que la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. no es procedente dado que desde el inicio admitió la existencia de un contrato de prestación de servicios, y bajo ese convencimiento se sustrajo del pago de salarios y seguridad social; demostrando así un actuar de buena fe.

Al respecto, huelga memorar que la finalidad este tipo de indemnizaciones es proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, de modo que la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante, debe precisar la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

En lo atinente al análisis del principio de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la indemnización moratoria, debe memorarse lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1º de marzo de 2017, en la que señaló:

“Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

“Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción (...) del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.”

Reiterándose que, la imposición de dichas sanciones debe estar precedido de un análisis acorde con las particularidades de cada caso, conforme se ha señalado entre otras, en sentencia SL3614-2020, Radicación No. 84011 de 9 de septiembre de 2020. Además, ha dicho el Alto Tribunal que la simple afirmación del empleador de tener la creencia de estar regido por una forma de vinculación diferente a la laboral, no lo exime de la imposición de la sanción moratoria, así lo expuso en sentencia SL1433-2022, Radicación No. 88526 de 3 de mayo de 2022:

“[...] Por tanto, si la subordinación jurídica no solo fue determinada en virtud de la presunción legal derivada de la prestación personal del servicio, sino también reafirmada probatoriamente dentro del proceso, no es posible inferir por parte de esta Sala que el incumplimiento de las obligaciones laborales a favor de la actora a la terminación del contrato, presupuesto de la indemnización del artículo 65 del CST, se debió al convencimiento pleno de la sociedad demandada de que el contrato que la ligó con la actora fue de carácter civil, pues el ejercicio de su parte de actos de subordinación contradicen la supuesta convicción de hallarse vinculada con la demandante mediante una relación civil. (CSJ SL587-2013).”

Acorde con lo anterior, se destaca que a juicio de la *a-quo* operaba la imposición de la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T., en atención a que no encontró un comportamiento de buena fe del demandado JHON ALEXANDER OSORIO, pues no encontró prueba alguna que le permitiera concluir que este se encontraba frente a un convencimiento invencible de estar regido por un contrato prestación de servicios, lo que le permitía sustraerse del pago de las acreencias laborales al demandante; de ahí que, al haber encontrado que el actor estaba bajo subordinación y además percibía una remuneración por sus servicios condenó al pago de la indemnización.

De cara a lo anterior, se observa que el demandado al contestar el libelo genitor, en los hechos y razones de derecho de su contestación dijo que vinculó al gestor mediante un contrato de prestación de servicios independientes, aspecto que *per se* no denota un actuar de buena fe, sin que haya aportado prueba alguna distinta del contrato de prestación de servicios que corrobore la convicción de haberse ejecutado una actividad autónoma e independiente. Por el contrario, se evidenciaron plenamente los actos de subordinación.

De lo expuesto, lo que avizora este Juez Colegiado es un actuar del accionado desprovisto de buena fe ante las obligaciones que como empleador de incumbían, razonamientos que compelen a esta Sala de Decisión a confirmar la condena impuesta por la juez de primer grado, frente a la imposición de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.T.S., al no haberse comprobado por parte del demandado una conducta revestida de buena fe evadiendo así la ley laboral.

No obstante, advierte la Sala que la Juez de primera instancia al imponer tal condena, señaló que la misma correspondía a la suma de \$26.400.000, y a partir del inicio del mes 25 se debían cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas respecto de las cuales emitió condena por los conceptos de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios.

En esa medida cabe precisar que los intereses moratorios que corren a partir del mes veinticinco (25), no gozan de prosperidad frente a los intereses al auxilio de las cesantías, dado que sobre tal emolumento procede el pago de la indemnización por no pago de los mismo, como quiera los referidos intereses sobre la cesantía aluden a una acreencia que tiene por finalidad reconocer un rendimiento sobre los saldos acumulados de aquellas, que se paga por una sola vez, y el incumplimiento de dicha obligación genera es una sanción equivalente al mismo valor que se debía reconocer, así se ha indicado, entre otras, en la sentencia SL3345-2021, Radicación 60656 de 7 julio de 2021, en consecuencia, se revocará parcialmente la decisión de instancia que impuso el pago de intereses moratorios sobre el pluricitado concepto.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PACRIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá que condenó al pago de la indemnización del artículo 65 C.S.T. ante la falta de pago de intereses a las cesantías, precisando que la misma procede hasta el pago de cesantías y prima de servicios, de conformidad con los argumentos referidos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **11 2019 00284 01**
Demandante: SANDRA BEATRIZ FARFÁN PIZA
Demandado: ADECCO COLOMBIA S.A. y EXPERIAN COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, estrado judicial que avocó el conocimiento del asunto mediante auto de 16 de abril de 2021, de acuerdo a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA BEATRIZ FARFÁN PIZA formuló demanda ordinaria laboral en contra de ADECCO COLOMBIA S.A. y EXPERIAN COLOMBIA S.A., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor FABIO FORERO MEDINA y las demandadas del 23 de abril de 2015 al 4 de enero de 2017, el cual finalizó por causa imputable a los empleadores, igualmente de declare que las convocadas a juicio son solidariamente responsables por las condenas que se impongan.

En virtud de lo anterior, deprecia que se condene a las accionadas a pagar de manera solidaria a la promotora de litigio en calidad de cónyuge supérstite del señor FABIO FORERO MEDINA, los salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas del 21 de abril de 2016 hasta el 4 de enero de 2017, junto con la indemnización por despido sin justa causa, dotaciones del 23 de abril de 2015 al 4 de enero de 2017, los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social del 21 de abril de 2016 al 4 de enero de 2017 y la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 23 de abril de 2015 su cónyuge, señor FABIO FORERO MEDINA y la demandada ADECCO COLOMBIA S.A., suscribieron un contrato de trabajo por obra o labor para desempeñar el cargo de Ejecutivo de Vinculación, en las instalaciones de la empresa usuaria EXPIRIAN COLOMBIA S.A., pactando como salario la suma de \$644.350, más subsidio de transporte y comisiones por ventas, cantidad que se mantuvo constante y variable hasta el incremento del año 2016.

Adujo que el trabajador ejecutó sus labores de manera personal, atendiendo las instrucciones de las sociedades encartadas, precisando que la accionada ADECCO COLOMBIA S.A. lo ubicó en EXPIRIAN COLOMBIA S.A.; cumpliendo el horario señalado por esa sociedad, sin que se le efectuara algún llamado de atención. Además, enfatizó que la relación laboral se mantuvo por espacio de un año, esto es, desde el 23 de abril de 2015 hasta 21 de abril de 2016, calenda en la cual las accionadas terminaron de manera unilateral el contrato de trabajo aduciendo la finalización de la obra o labor contratada, lo cual es contrario a la realidad, dado que las labores desplegadas por el trabajador eran del objeto y desarrollo ordinario de la empresa usuaria EXPIRIAN COLOMBIA S.A.

De otra parte, indicó que el señor FABIO FORERO MEDINA desde el 28 de agosto de 2015 comenzó a asistir a citas médicas, se le realizaron exámenes y se le expidieron incapacidades, lo que evidenciaba su estado de vulnerabilidad al haber sido diagnosticado con cáncer, y que era de conocimiento del empleador al

momento del despido, lo cual ocurrió el 21 de abril de 2016, ello después de haber legalizado su última incapacidad del 22 de marzo de 2016 hasta el 20 de abril de 2016, siendo despedido sin permiso del Ministerio del Trabajo, igualmente se aseveró que el trabajador falleció el 4 de enero de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada EXPERIAN COLOMBIA S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Manifestó que la declaratoria del contrato de trabajo a término indefinido con esa sociedad es improcedente, dado que la relación laboral del señor FABIO FORERO MEDINA (q.e.p.d.) se dio con la demandada ADECCO COLOMBIA S.A., por medio de un contrato de trabajo por obra o labor determinada, el cual fue remitido para trabajar en misión para prestar sus servicios en esa sociedad con el fin de atender requerimientos puntuales de la empresa usuaria, vínculo que se desarrolló dentro de los límites previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, de modo que la relación contractual finalizó por causa legal, al haber concluido la obra o labor para la cual había sido contratado, sin que además fuera beneficiario de fuero alguno.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Por su parte, la convocada a juicio ADECCO COLOMBIA S.A., contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo genitor, refiriendo que entre el señor FABIO FORERO MEDINA (q.e.p.d.) y esa encartada existió un contrato de trabajo por obra o labor, y no a término indefinido con la accionada EXPERIAN COLOMBIA S.A., relación laboral que finalizó por la causal objetiva de culminación de la obra o labor con la referida sociedad, de acuerdo a lo plasmado de forma libre, consciente y voluntaria en la cláusula segunda del contrato. Luego, el vínculo no finalizó por causa imputable al empleador, sin que tal decisión fuese discriminatoria ni fundada en condiciones de salud del trabajador, pues para la fecha de finiquito no tenía una pérdida de capacidad laboral o restricciones médicas.

Propuso como excepción previa la de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, la cual se declaró probada en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. el 14 de septiembre de 2021, sin que se diera lugar a la terminación anticipada del proceso, como quiera que el despacho adecuó las pretensiones de la demanda, dejando como subsidiarias las de condena por indemnización moratoria y por terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo establecida en el artículo 64 del C.S.T.

De la misma forma, señaló como excepciones de fondo las de prescripción, terminación del contrato por causa objetiva de la ley, inexistencia del fuero de salud al momento de la terminación del contrato, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de mayo de 2022, negó las pretensiones principales y subsidiarias de las demanda; en consecuencia, declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada de terminación del contrato de trabajo por causa objetiva con fundamento en la ley, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del trabajador, inexistencia del fuero de salud en favor del trabajador para el momento de la terminación del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación a favor de EXPERIAN COLOMBIA S.A. e inexistencia de solidaridad a favor de la demandada EXPERIAN COLOMBIA S.A.

Para arribar a dicha conclusión el *a-quo*, precisó que la actora en calidad de cónyuge supérstite del señor FABIO FORERO MEDINA impetró la presente demanda, de modo que, los aspectos a resolver se circunscribían en establecer si entre las demandadas existía solidaridad, si el trabajador fallecido gozaba de estabilidad laboral reforzada para el momento de la terminación del contrato de trabajo y así determinar si eran procedentes las demás pretensiones que se reclamaban de manera principal y subsidiaria.

Seguidamente, señaló que no que existía discusión frente a lo relacionado con la relación laboral, sus extremos, es decir, cuando inició y cuando terminó el contrato de trabajo, además el salario devengado por el señor FABIO FORERO MEDINA (q.e.p.d.), lo atinente a la prestación del servicio y que fue vinculado por la empresa de servicios temporales para prestar sus servicios como trabajador en misión en la sociedad EXPERIAN COLOMBIA S.A.; estimó que la sociedad ADECCO COLOMBIA S.A. tiene por objeto presentar trabajadores en misión a empresas usuarias y la demandada EXPERIAN COLOMBIA S.A. se dedica al manejo de bases de datos en el sector financiero, sin que en tal contexto, se predique responsabilidad solidaria alguna.

En cuanto a la estabilidad laboral deprecada indicó que no era objeto de controversia la patología que padecía el trabajador fallecido y que presentó incapacidades, precisando que no se presentó ante EXPERIAN COLOMBIA S.A. restricciones médico laborales que conllevarán un cambio en su puesto de trabajo o alguna solicitud por parte de medicina laboral o de sus médicos tratantes.

Igualmente, la carta de terminación del contrato de trabajo se presentó el 21 de abril de 2016, es decir con posterioridad a la fecha en que había terminado la incapacidad y el trabajador no presentó prórrogas de incapacidades, aunado a ello que la calenda de finiquito coincidió con el límite temporal que establecía el contrato, ya que el trabajador en misión fue contratado el 23 de Abril de 2015 y la fecha limite se cumplía el 22 de Abril de 2016, concluyendo el *a-quo* que el contrato terminó por una causal objetiva, para lo cual no se requería acudir ante el Ministerio del Trabajo.

De tal manera, que las decisiones tomadas en razón a una causal objetiva son legítimas a fin de dar por concluida la relación de trabajo, señalando que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona, es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio. Así la cosas, no encontró prueba alguna en el trámite procesal que le permitiera inferir que la terminación del contrato se dio por el estado de salud del trabajador.

En lo atinente a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., refirió que la demandante en su declaración de parte adujo que a su cónyuge durante el desarrollo de la relación laboral siempre le fueron pagados sus salarios y sus prestaciones sociales.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. Manifestó que la carta de terminación está fechada el 21 de Abril de 2016, no obstante, el documento fue entregado el 27 de mayo de 2016, sin que siquiera fuera entregado personalmente, pues se lo enviaron al trabajador por correo el 27 de mayo de dicha anualidad, escrito que indicaba que tenía que hacerse un examen de egreso a los cinco (5) días de haber terminado el contrato de trabajo, así que de haberse dado ese examen de egreso por parte del médico laboral, junto con las incapacidades y la historia clínica se hubiese evidenciado la condición de salud del trabajador; que la necesidad del servicio requerido por EXPERIAN COLOMBIA S.A. terminó después de que allegara la incapacidad de 180 días, terminando el contrato sin revisar la situación particular del trabajador.

Adujo que el trabajador se presentó a laborar ignorando que sería despedido, y no se había solicitado un estudio de pérdida de capacidad laboral ante el reintegro de la incapacidad; además, el estado de salud del causante era deficiente, era cabeza de familia y su cónyuge había sido despedida en razón a los permisos que pidió para acompañar al causante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si el causante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación del contrato de trabajo.

c. De la Legitimación en la Causa por Activa:

Previo a abordar el asunto puesto a consideración de esta Colegiatura, se evidencia que la señora SANDRA BEATRIZ FARFÁN PIZA impetró la presente acción aduciendo su condición de cónyuge supérstite del señor FABIO FORERO MEDINA, quien prestó sus servicios a la demandada ADECCO COLOMBIA S.A. como trabajador en misión para la accionada EXPERIAN COLOMBIA S.A. En esa medida, y a fin de que acreditar tales aspectos la actora allegó el Registro Civil de Matrimonio que indica que la pareja contrajo nupcias el 23 de noviembre de 1991 y a su vez aporta el Registro Civil de Defunción del señor FABIO FORERO MEDINA, el cual da cuenta que su deceso ocurrió el 4 de enero de 2017 (Fls. 26 y 28 archivo 001).

Al respecto, se hace necesario memorar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia con Radicado 15368 de 1º de agosto de 2001, en la que se señaló:

“Pero independientemente de todo lo anterior, conviene precisar que la demandante sí se encuentra legitimada para demandar en este caso. En efecto, fallecida una persona, los derechos y obligaciones cuya titularidad ostentaba entran a formar el estado de indivisión de la sucesión. Esta comunidad herencial es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante al morir, por activa y por pasiva.

“Pero esta comunidad herencial carece por sí misma de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente, actúan son los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, en virtud de la calidad que ostentan (Art. 1155 C. Civil). Por haber desaparecido el dueño o titular de ciertos derechos y obligaciones, están al frente de ellos sus herederos. Por ello, estos en general, y cada heredero en particular comparecen al proceso para la sucesión, y si los bienes o derechos son objeto de litigio debe demandarse a todos los herederos conocidos, en cambio uno solo de ellos puede demandar, pero debe pedir para la sucesión.

“[...] Pero como la sucesión respectiva no es una persona jurídica y por ende no tiene representante legal, cualquiera de sus herederos está legitimado

para pedir para ella o que a ella ingresen los bienes que pertenecieron al de cujus".

En punto de lo anterior, conviene precisar que al examinar el libelo genitor se encuentra que la promotora eleva las pretensiones de la demanda para sí misma y no para la sucesión del señor FABIO FORERO MEDINA (q.e.p.d.), ello, si además se tiene cuenta que en los fundamentos de hechos que soportan sus pretensiones da a entender que la pareja tuvo hijas, quienes no comparecieron a la litis, situaciones todas que ratificó la gestora en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S.; sin embargo, no puede desconocer la Sala como viene de verse, que la actora ha acreditado la legitimación en la causa por activa para ser parte en las presentes diligencias, no obstante se hace imperioso precisar que en caso de prosperar las pretensiones que se elevan, cualquier condena deberá tener como destino la masa sucesoral del mencionado causante.

d. De la Terminación de la Relación Laboral:

Sobre el particular, es del caso precisar que en esta instancia no es objeto de reproche que entre el señor FABIO FORERO MEDINA (q.e.p.d.) y la demandada ADECCO COLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo por obra o labor, en el cual el primero prestó sus servicios como trabajador en misión en la sociedad convocada a juicio EXPERIAN COLOMBIA S.A., además que era la sociedad ADECCO COLOMBIA S.A., quien pagaba salarios, prestaciones sociales y lo afilió al Sistema de Seguridad Social Integral.

Ahora bien, señala la parte actora en su alzada que la carta de terminación del contrato de trabajo está fechada el 21 de abril de 2016, empero, el documento se le entregó al trabajador el 27 de mayo de 2016 a través de correo por ello el documento no está suscrito, entendiendo la Sala con tal manifestación, que pretende controvertir el extremo final de la relación laboral.

Acorde con lo anterior, se encuentra que si bien en inicio en el hecho sexto del escrito de demanda inicial la gestora al hacer alusión a las acreencias que se adeudaban al trabajador a la terminación del contrato señaló *"Incluso hasta para solicitar documentos que debieron entregar al trabajador en su momento como:*

copia del contrato laboral, carta de despido (...)”, también lo es, que en el auto que inadmitió la demanda de 17 de julio de 2019, se solicitó a la actora respecto a ese numeral que debía individualizarlo, al narrar más de una situación fáctica y a su vez debía adecuarlo al contener conceptos personales que no daban cuenta de supuestos de hecho (Fls. 74 a 74 vto.).

Observándose, que al subsanar la demanda la accionante no mencionó tal situación y sí, por el contrario, señaló en los hechos cuarto y noveno que la relación laboral subsistió entre el 23 de abril de 2015 y el 21 de abril de 2016, cuando las demandadas decidieron terminar de manera unilateral el contrato de trabajo (Fls. 23, 75 a 79 y 140 archivo 001). Adicionalmente, en la fijación del litigio, la Juez de instancia fue clara en señalar que no era objeto de discusión la existencia del contrato por obra o labor y sus extremos, esto es, que el contrato finalizó el 21 de abril de 2016, situación que de manera alguna fue objetada por la parte actora, misma conclusión a la que se hizo referencia en el fallo que emitió el juzgado de primera instancia como viene de verse.

En punto de lo expuesto, debe recordarse que el órgano de cierre de esta especialidad señaló en sentencia SL1576-2018, Radicación No. 59380 de 9 de mayo de 2018, sobre los aspectos fuera de debate lo siguiente:

“Y en sentencia CSJ SL360-2018, respecto a los hechos que hacen parte del proceso, la Sala precisó:

“Y en sentencia CSJ SL360-2018, respecto a los hechos que hacen parte del proceso, la Sala precisó:

“Debe recordar la Corte que los hechos de un proceso son los expresados por las partes en la demanda y su contestación, o en las oportunidades procesales en la que tanto la una como la otra permiten ser modificadas, pero que una vez adquieren su calidad de piezas procesales definitivas, no pueden ser variadas por las partes a su arbitrio, por violentar en uno u otro caso el principio del debido proceso que permea toda actuación judicial.

“Adicionalmente, en torno a la finalidad de la etapa de fijación del litigio en el proceso y las facultades de las partes en la misma, resulta relevante traer a colación el criterio precisado en la sentencia CSJ SL 25844, 13 sep. 2006, que fue reiterado en la sentencia CSJ SL9013-2017, así:

“Además, obviamente que el sentenciador, al revisar toda la actuación procesal surtida, tendrá que ceñirse a lo plasmado en la audiencia de

conciliación, y a la forma como quedó en definitiva la fijación del litigio, conforme con el artículo 77 del C. P. del T. y la S. S., modificado por el 39 de la Ley 712 de 2001.

“Pero, esa última etapa procesal, tal cual lo prevé la citada normatividad, tiene por finalidad que el juez del conocimiento requiera a las partes y a sus apoderados “..para que determinen los hechos en que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial..”, y “..si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito..”. En consecuencia, no se trata de una oportunidad procesal para modificar, variar, enmendar o corregir la demanda, sino que en esa fase de fijación del litigio se descubren los puntos sobre los cuales versa el proceso, al desechar las reclamaciones conciliadas y los hechos admitidos expresamente por las partes, caso este en el cual, tales pretensiones y tales hechos no serán objeto final del pronunciamiento judicial, por haber quedado fuera de controversia; mientras que los aspectos pendientes, serán decididos en la correspondiente sentencia, pero obviamente con sujeción a la demanda, su reforma y a la respuesta de la parte accionada, vale decir, sin salirse de esos límites impuestos legalmente.”(Subrayado fuera de texto).

De cara a los referidos supuestos, entiende la Sala que en ningún momento se dijo que era objeto de controversia la fecha de finalización del contrato, es decir, que el contrato finalizó el 27 de mayo de 2016 y no el 21 de abril de esa misma anualidad, sin que sea dable en esta instancia modificar la fijación del litigio, el cual se centraba en establecer si el contrato de trabajo del causante era de obra o labor o a término indefinido, si había solidaridad de las demandadas y si el señor FABIO FORERO MEDINA (q.e.p.d.) se encontraba con estabilidad laboral reforzada a la finalización de la relación laboral.

De modo, que las aseveraciones de la apelante no son de recibo en esta instancia, pues esa misma parte indicó desde el inicio que la relación laboral del trabajador fallecido había finalizado el 21 de abril de 2021, lo que es indicador que el documento mediante el cual se comunicó la terminación fue conocido por el señor FABIO FORERO MEDINA, tan es así que las pretensiones se enfilan con el objeto de lograr el pago de acreencias desde esa calenda, a lo que se suma que en el plenario no se allegó el supuesto correo a través del cual se envió la carta de despido en mayo de 2016, luego, no desacertó el fallador de instancia al excluir del litigio tal situación desde el inicio.

e. De la estabilidad laboral reforzada:

Adujo la demandante en su apelación que la carta mediante la cual se le informó la terminación del contrato al señor FABIO FORERO MEDINA indicaba que tenía que hacerse un examen de egreso a los cinco (5) días de haber terminado el contrato de trabajo, por tanto, de haberse realizado ese examen, el que valorado junto con las incapacidades y la historia clínica del trabajador hubiese evidenciado la condición de salud; sin embargo, confidencialmente la necesidad de EXPERIAN COLOMBIA S.A. terminó después que allegara una incapacidad de 180 días, finiquitando el contrato sin auscultar la situación del trabajador.

En torno a tal inconformidad, es menester señalar que el hecho de no haberse llevado a cabo el examen de egreso al trabajador no conlleva *per se* a determinar con total certeza que este al finiquito fuese sujeto de especial protección, más si se tiene en cuenta que, como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación No. 20854, del 13 de noviembre de 2003 *“la obligación de efectuar el examen médico de egreso era justificable cuando el empleador tenía a su cargo las obligaciones de suministrar las prestaciones asistenciales, mas no ahora que las mismas se encuentran atribuidas a organismos especializados del Sistema general de seguridad social en salud”*.

De otra parte, se hace necesario traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL1360-2018, Radicación No. 53394 de 11 de abril de 2018, en la que refirió que el artículo 61 del C.S.T., establece las diferentes formas de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, la garantía consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, solo opera para los casos de despido por razones de discapacidad, así:

“En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

“Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

“Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.”

Adicionalmente, la Alta Corporación dijo en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

“[...] Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

“[...] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

“En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.

“Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

“En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

“En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una condición de discapacidad relevante, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio. (Negrillas del texto original)

“En tal sentido, al no advertirse de las pruebas denunciadas ya referidas que la actora contara con una afectación significativa en sus condiciones de salud ni una discapacidad relevante para el 7 de julio de 2015, el hecho de que la empresa conociera las incapacidades médicas anteriores a la calenda del finiquito, no tiene la trascendencia que plantea la censura porque, se insiste, no es cualquier estado de salud el que activa la protección especial consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino aquella que resulte relevante y que sea la causa que genere el rompimiento del nexo laboral.”

Dicho esto, se advierten en el plenario incapacidades emitidas del 28 de agosto al 16 de septiembre de 2015, del 4 al 22 de octubre de 2015, del 24 de octubre al 22 de noviembre de 2015, del 23 de noviembre al 22 de diciembre de 2015, del 23 de diciembre de 2015 al 21 de enero de 2016, del 22 de enero al 20 de febrero de 2016, del 21 de febrero al 21 de marzo de 2016 y del 22 de marzo al 20 de abril de 2016 (Fls. 27, 29, 30, 44, 45, 46, 50 y 53 archivo 001), también obra una Historia Clínica con fecha de ingreso 4 de octubre de 2015, la cual indica que el señor FABIO MORENO MEDINA padece un carcinoma gástrico de reciente diagnóstico (Fls. 32 a 43, 48 a 52, 54 a 72, 245 a 258 vto. archivo 001).

De lo anterior, se puede concluir que, si bien el estado de salud del actor en los meses que antecedieron el fin de la relación laboral no era el mejor a razón del cáncer que le fue detectado, también lo es que en el hecho noveno de la

subsanción de la demanda, se indica que el trabajador al 21 de abril de 2016 era apto para trabajar, además no se acreditó que se hayan expedido restricciones médicas para laborar; lo que de contera permitió al empleador demandado ADECCO COLOMBIA S.A. dar fin a la relación laboral aduciendo una causal objetiva de terminación como era el cese de la necesidad del servicio por parte de la empresa usuaria (Fl. 23 archivo 23).

Y es que si bien la Sala no desconoce que el diagnóstico que aquejó al trabajador fallecido no resulta de menor importancia, también lo es, que si en gracia de discusión este Juez Colegiado concluyera que a razón del proceso de recuperación del estado de salud que lo aquejaba se encontraba en estado de debilidad manifiesta, sin necesidad de acudir a certificación o calificación alguna para el momento de la finiquito, de las pruebas recaudas en el trámite procesal no es posible inferir que la terminación del contrato devino como consecuencia de su estado de salud, por el contrario, se acredita que obedeció al hecho de haber fenecido la obra o labor para la cual había sido contratado, lo que coincidió además con la limitante temporal que le impone la Ley a las Empresas de Servicios Temporales y a sus empresas usuarias de extender el servicio.

Como corolario de lo anterior, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

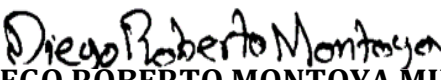
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la actora y a favor de las demandadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2017 167 01**
Demandante: FLOR DE MARÍA SOLANO VELANDIA
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
 – ICBF Y ADMINISTRADORA COLOMBIA DE
 PENSIONES- COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala estudiar el proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 4 de abril de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora FLOR DE MARÍA SOLANO VELANDIA promovió demanda ordinaria laboral en contra del I.C.B.F. y COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que sostuvo un contrato de trabajo desde el 31 de agosto de 1987 hasta el 31 de agosto de 2011 con el I.C.B.F. y por ende, tiene derecho que esa demandada le reconozca y pague las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por dicho periodo. Asimismo, se declare que tiene derecho a que la

accionada COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez teniendo en cuenta tales cotizaciones.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene al I.C.B.F. a expedir la reserva actuarial o título pensional correspondiente para el periodo comprendido del 31 de agosto de 1987 y el 31 de agosto de 2011; de la misma forma, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 3 de julio de 2012, junto con los intereses moratorios establecidos en el inciso 1º del numeral 4º del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones la accionante indicó que, nació el 26 de junio de 1957 cumpliendo la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2012. Igualmente, adujo que con el I.C.B.F. existió un contrato ficto de trabajo, en tanto laboró para esa entidad como madre comunitaria a través de la administradora de servicios ASOCIACIÓN MUNDO INFANTIL del 31 de agosto de 1987 hasta el 31 de agosto de 2011.

Seguidamente, relató que prestó sus servicios personales en actividades de cuidado y atención de las niñas y niños beneficiarios del programa, además que el I.C.B.F. realizaba el pago de una suma de dinero denominada beca o bonificación como retribución a la prestación de sus servicios personales y además se encontraba bajo la continuada subordinación o dependencia del I.C.B.F., el cual durante el tiempo que perduró el vínculo laboral no realizó aportes a seguridad social en pensión.

Por último, aseveró que el 18 de agosto de 2015 radicó petición ante el I.C.B.F. solicitando el correspondiente cálculo actual por el tiempo laborado y no cotizado a su favor, entidad que emitió respuesta el 23 de septiembre de 2015, indicando que no tenía competencia para realizar dicho pago. De la misma forma

señaló que el 22 de agosto de 2016 radicó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y a su vez, se requiriera al I.C.B.F. para el pago del cálculo actuarial, pedimento que fue denegado por esa entidad, agotando así la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra. Adujo que no se ha demostrado que el empleador adeude los periodos laborales que se reclaman, además no se evidencia que las cotizaciones con las que cuenta a la fecha sean suficientes para acceder a la prestación solicitada.

Formuló como medios exceptivos los de prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (Fls. 51 a 58 archivo 01).

Por su parte, la enjuiciada I.C.B.F. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo genitor, indicando que entre la demandante y esa entidad nunca existió un contrato de trabajo y la presunta relación se desarrolló entre la actora y la ASOCIACIÓN MUNDO INFANTIL, de modo que el hecho que el I.C.B.F. haya suscrito contrato de aportes con la referida Asociación, no implica que entre la actora y esa encartada exista algún vínculo laboral.

Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, la cual se declaró probada por el *a-quo* en decisión fechada el 4 de abril de 2018, en consecuencia, dispuso integrar a la litis a la ASOCIACIÓN MUNDO INFANTIL y de oficio al CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013 integrado por FIDUCOLDEX, FIDUCENTRAL Y FIDUPREVISORA (Fls. 148 a 148 vto., archivos 01 y 02).

A su vez, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir o demandar, excepción genérica, imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de un contrato realidad (Fls. 66 a 78 archivo 01).

Acorde con lo anterior, el CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013 al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones del libelo introductorio como quiera que van dirigidas en contra de una persona jurídica diferente a esa entidad.

Propuso como excepciones previas las de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y la de falta de jurisdicción y competencia, desistiendo esta última en audiencia de 4 de abril de 2022.

Igualmente, propuso como excepciones de fondo las que denominó como inexistencia de sustento jurídico para que el Fondo de Solidaridad Pensional asuma las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la demandante, inexistencia de régimen especial para las madres comunitarias, los pagos de subsidios pretendidos atentaría contra la sostenibilidad financiera del Fondo de Solidaridad Pensional, inexistencia de causa para pedir, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y la genérica (Fls. 169 a 237 archivo 01).

La SOCIEDAD MUNDO INFANTIL a través de curador *ad litem*, contestó la demanda con oposición a las pretensiones del escrito inaugural. Propuso como excepción la genérica. (Fls. 352 a 353).

Cabe destacar que, en atención a la excepción previa formulada por el CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013, mediante auto de 27 de febrero de 2019 el Juzgado de origen ordenó integrar como litisconsorte necesario al MINISTERIO DEL TRABAJO (Fls. 255 a 255 vto.)

En punto de lo anterior, el MINISTERIO DE TRABAJO al contestar la demanda solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa cartera, dado que la actora no le prestó sus servicios personales, siendo el I.C.B.F. el obligado frente a las pretensiones elevadas por activa.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación sobre contrato realidad respecto del Ministerio de Trabajo, inexistencia de la obligación respecto al pago de aportes por parte del Fondo de Solidaridad Pensional y prescripción. De la misma forma, propuso como excepciones previas las de falta de competencia y falta de legitimación en la causa por pasiva (Fls. 275 a 284 vto.). Declarando no probada la de falta de competencia en audiencia de 4 de abril de 2022.

Por autos de 8 de noviembre de 2017 y 15 de octubre de 2021, se corrió el traslado de la reforma a la demanda presentada por la actora, respecto de los hechos 1 y 2 del escrito inaugural y la aclaración de su nombre (Fls. 79 a 89, 93 y 354 a 354 vto. archivo 01), verificándose que se tuvo por contestada la reforma al I.C.B.F. y a la ASOCIACIÓN MUNDO INFANTIL y por no contestada por COLPENSIONES y la MINISTERIO DE TLRABAJO (Fls. 96 y 358). Igualmente, se tuvo como sucesora procesal del CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013 a FIDUAGRARIA S.A. (Fl. 294 a 294 vto. archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de abril de 2022, absolvió al extremo pasivo de todas las pretensiones elevadas en la demanda por la actora, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación.

Para arribar a tal conclusión, el fallador de primer grado trajo a colación el artículo 53 de la Constitución Política y los artículos 23 y 24 del C.S.T., seguidamente, indicó que al ser sustento de la demanda lo expuesto en la

sentencia T-480 de 2016, era menester memorar que la Corte Constitucional se había pronunciado al respecto en sentencias SU-079 de 2018 y SU-273 de 2019, que negaron el amparo constitucional deprecado al no existir un vínculo laboral entre el I.C.B.F. y las madres comunitarias; igualmente el Decreto Reglamentario 2019-1989 que regula los programas de Hogares de Bienestar, señalando en su artículo 3º que la dirección de esos lugares estaría a cargo de las Asociaciones de Padres de Familia, programa que por demás funcionaría bajo el cuidado de una madre comunitaria según el artículo 4º *ejusdem*.

De otra parte, sostuvo que el Decreto 1340 de 1995 en su artículo 4º, establecía señala que la vinculación de las madres comunitarias así como la de las demás personas y organismos que participaran en el programa de Hogares de Bienestar por medio de trabajo solidario, no implica *per se* una relación laboral con la Asociación de los Hogares Comunitarios, los administradores de los mismos, ni con las entidades públicas que en él participan.

Sin embargo, ese tratamiento legal fue modificado con la expedición de la Ley 1607 de 2012, y su Decreto Reglamentario 279 de 2014, que estableció en su artículo 2º que las madres comunitarias debían ser vinculadas mediante contrato de trabajo suscrito con la entidad administradora del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, contando con todos los derechos y garantías consagradas en el C.S.T de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el sistema de protección social. De la misma forma, el artículo 3º señala que las madres comunitarias no tendrán la calificación de servidor público, teniendo los Hogares Comunitarios la condición de único empleador, sin que pueda predicarse solidaridad.

Reiteró que la Corte Constitucional en la sentencia SU-079 de 2018 y en el marco constitucional, legal y reglamentario ya mencionado estableció que las madres comunitarias no tienen relación laboral con el I.C.B.F., y para acceder a la pensión de vejez tiene la obligación de afiliarse y realizar los respectivos aportes. Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2936-2020, señaló que las madres

comunitarias no tiene la calidad de trabajadoras oficiales, postura reiterada en sentencias SL1917-2020, SL2220-2020, SL2447-2020, SL2950-2020, en las que se expuso que la vinculación de las madres comunitarias no constituye una vinculación laboral, a lo que se suma la anulación de la sentencia T-480 de 2016 que sustenta las pretensiones del *petitum* que depreca la declaratoria de un contrato realidad de 1987 a 2011, vínculo laboral que solo fue reconocido a partir de la expedición de la Ley 1607 de 2012, pero no con el I.C.B.F., sino con las asociaciones o entes encargados de administrar estos hogares.

Precisó que una cosa es la declaratoria de un contrato realidad y la obligación por parte del ICBF como verdadero empleador y bajo las características del régimen contributivo de efectuar los aportes a pensiones; y otra diferente es, el subsidio que brinda el Estado al trabajador independiente a través del fondo de solidaridad pensional de hasta un 80%, para que pueda efectuar aportes a pensión, como advirtió el Juez de instancia realizó la actora según su historia laboral.

Asimismo, adujo que el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 establece como regla general, dada la naturaleza jurídica del I.C.B.F., la condición de empleados públicos a sus trabajadores, salvo quienes se dediquen a los servicios generales o las obras públicas, que no es el caso que aquí nos ocupan, acotando que el Juez Laboral solo sería competente para declarar el contrato frente al trabajador oficial. Por último, expuso que al analizar la historia laboral de la promotora no se avizoraba el cumplimiento de los requisitos para poder conceder su derecho pensional, lo que conllevó a la absolución del extremo pasivo de las pretensiones elevadas en su contra en la demanda.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe



surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problema jurídico principal: (i) si en razón al principio de la primacía de la realidad es dable establecer que entre la actora y el I.C.B.F. existió un contrato de trabajo; en caso positivo, (ii) se estudiaran las pretensiones relacionadas con el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a cargo del I.C.B.F. y el consecuente reconocimiento y pago por parte de COLPENSIONES de la pensión de vejez.

c. De la Relación Laboral entre la Demandante y el I.C.B.F.:

En el *sub-examine* se pretende por activa la declaratoria de un contrato de trabajo como medio de vinculación entre la demandante y el I.C.B.F. establecimiento de carácter público, ello en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política; el cual permite establecer que una vez reunidos los elementos que constituyen un contrato de trabajo, se entiende la existencia del mismo y no deja de serlo en razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

En esa medida le sería aplicable a la gestora el régimen legal de los trabajadores oficiales, por lo que se hace imperioso acudir a lo regulado en el artículo 2º del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Decreto 2127 de 1945, el cual señala que *“para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y c) El salario como retribución del servicio”*.

A su vez el artículo 3º *ejusdem*, estipula que *“una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera”*.

Ahora bien, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad, en tratándose de trabajadores oficiales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5090-2020, Radicación No. 78924 del 2 de diciembre de 2020, en asunto de similares contornos al que ocupa la atención de la Sala, señaló:

“En torno a este punto, por elemental que parezca, la Sala considera preciso recordar que nuestro ordenamiento jurídico está cimentado en el reconocimiento y la protección del trabajo realizado por las personas subordinadas en beneficio de otras, independientemente de la fórmula o modalidad contractual que se utilice por las partes o de las maniobras tendientes a desconocer sus especiales garantías, como lo afirma la censura y no lo desconoció el Tribunal, en cumplimiento de normas como el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 3 del Decreto 2127 de 1945, entre otras.

“Sin embargo, en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los trabajadores particulares, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los trabajadores oficiales, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los empleados públicos, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

“En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los empleados públicos.

“De allí que, como lo resaltó el Tribunal, ante reivindicaciones atinentes a la existencia de un contrato de trabajo, en la realidad, con una entidad del Estado como el ICBF, el juez del trabajo se vea en la obligación, fundamental e ineludible, de determinar si el vínculo jurídico corresponde al propio de un trabajador oficial, pues, de lo contrario, carecerá de la competencia necesaria para emitir cualquier determinación, por justa que se presente, salvo la que se refiere exclusivamente al examen de la existencia del contrato de trabajo”.

En esa medida, es del caso precisar que tal como lo señaló el Juez de primer grado, la sola afirmación de la existencia de un contrato de trabajo por parte de la actora es suficiente para que el Juez Laboral asuma el conocimiento de la litis, así se ha reseñado entre otras, en sentencia SL2447-2020, máxime que no esta de por medio un contrato estatal entre la accionante y el I.C.B.F. que radique la competencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo ha referido la Corte Constitucional, entre otros, en el proveído A492 de 2021.

En punto de lo expuesto, oportuno resulta traer a colación lo previsto en el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995, que establece sobre la vinculación de las madres comunitarias lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de “Hogares de Bienestar”, mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen”.

El órgano de cierre de esta especialidad, al referirse al mencionado precepto legal, indicó en sentencia SL2069-2021, Radicación No. 77866 de 26 de mayo de 2021, que la participación de las madres comunitarias en el programa de hogares de bienestar es solidario y voluntario, de ahí, que tal actividad no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen, así:

“En ese orden, la naturaleza de la relación lejos está de corresponder a un asunto puramente formal; por el contrario, el afán del juzgador de la alzada por estudiar la situación bajo la hipótesis del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, coincide con el criterio pacífico de esta Corporación, que da cuenta de que la naturaleza jurídica del vínculo de los trabajadores está determinada por el orden jurídico y, por tanto, no se puede modificar una categoría laboral definida en la Constitución y la ley (CSJ SL20013-2017).

“De esta suerte, los reproches estudiados no tienen la virtud de quebrar la sentencia impugnada, en tanto se edifican sobre una premisa insostenible y carente de demostración, esto es, el pretendido carácter de trabajadora particular que habría ostentado la recurrente, sin desvirtuar que la naturaleza jurídica de la entidad señalada como empleadora, corresponde a la de un establecimiento público del orden nacional. Aun si se abordara la problemática desde la perspectiva de los trabajadores oficiales, la acusación no correría mejor suerte, por cuanto se encuentra libre de discusión que la actividad de madre comunitaria, no encuadra en las labores de construcción y sostenimiento de obras públicas.

“Este criterio coincide plenamente con lo previsto en su momento por el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995 (...).

“Como quiera que las aspiraciones de la demandante se concentran en el periodo transcurrido entre el 2 de mayo de 1991 y el 31 de enero de 2014, tal cual lo dedujo el ad quem, porque luego de esta fecha fue vinculada por uno de los entes operadores del programa de hogares de bienestar y percibe salario y prestaciones sociales, bajo el nuevo marco normativo dispuesto por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, lo pretendido no encuentra sustento en la legislación vigente en el lapso objeto de reclamación.”

A su turno, el literal j) del artículo 5º Acuerdo 21 de 1996, por medio del cual se establecieron lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, señala:

“j) Las madres Comunitarias como titulares del derecho a la Seguridad Social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado por la Ley 100 de 1993 sus Decretos Reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia. La junta Directiva de las Asociaciones de Padres de Familia velarán porque las Madres Comunitarias se vinculen al Régimen de Seguridad Social en Salud y pensiones.”

Cabe destacar, que la H. Corte Constitucional en sentencia SU-079 de 2018, al referirse a la posible existencia de un vínculo laboral entre el I.C.B.F. y las madres comunitarias, enfatizó que:

“En efecto, para el caso de las madres comunitarias, su participación en dicho programa suponía una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, que responde a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 superior. En esa medida, el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 expresamente previó que la vinculación de las madres al aludido programa “no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”. En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, precisó que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF “en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas”.

“En igual dirección, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es de orden contractual civil y de allí “no se desprende una vinculación de carácter laboral”, en los términos de la sentencia SU 224 de 1998. Esta consideración fue justamente la que tuvo en cuenta la Sala en el Auto 186 de 2017 para declarar la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, por cambio de jurisprudencia y no atenerse a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

línea en vigor, al haber determinado dicho fallo de revisión que entre el ICBF y las madres comunitarias accionantes había existido un contrato de trabajo realidad, como se reseñó páginas atrás.

“Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.

“[...]

“En suma, la actividad ejercida tanto por las madres comunitarias (hasta el 12 de febrero de 2014) como por las sustitutas en sus respectivos programas, no supuso una relación de carácter laboral con el ICBF, toda vez que su participación voluntaria en los mismos respondía a una manifestación de la solidaridad y corresponsabilidad que convoca al Estado, la familia y la sociedad para asegurar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, para la Corte no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma como tampoco el pago de aportes parafiscales en favor de aquellas.

“[...]

“En ese orden, no puede atribuírsele válidamente al ICBF haber ejecutado durante la existencia de los programas de hogares comunitarios y sustitutos actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres encargadas de los mismos, pues el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional reiterada, no admitieron tal hipótesis”.

De lo expuesto, se puede corroborar que el Alto Tribunal Constitucional, ha venido asumiendo una postura similar a la establecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a la inexistencia del vínculo laboral entre las madres comunitarias y el I.C.B.F., posición que valga la pena mencionar reiteró en sentencia SU273 de 2019.

d. Del Caso en Concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Descendiendo al *sub-lite*, y a efectos de desatar el problema jurídico planteado, se advierte que se aportó certificación emitida por la litisconsorte necesaria ASOCIACIÓN MUNDO INFANTIL el día 12 de marzo de 2015, suscritas por la Representante Legal y la Tesorera de la misma, en el que certifican que la promotora se desempeñó como Madre Comunitaria de los Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, del 31 de agosto de 1987 hasta el 12 de julio de 2011 (Fls. 15 y 16 archivo 01).

En el mismo sentido, se allega certificación suscrita por el Coordinador del I.C.B.F. - Centro Zonal de Soacha, adiada el 15 de mayo de 2015 en el que se indica que la actora se desempeñó como Madre Comunitaria a través de la entidad administradora de servicios Asociación Mundo Infantil, contratada por el I.C.B.F. para la prestación del servicio en los Hogares Comunitarios de Bienestar, desde el 31 de agosto de 1987 hasta el 8 de agosto de 2011, aclarando que por la naturaleza jurídica de del programa HCB, no existe vínculo laboral entre el ICBF y la actora (Fls. 17 archivo 01), aspecto que certifica de acuerdo con las constancias emitidas por el Defensor de Familia, ÁLVARO NAVARRO DAZA y la Técnico Administrativo, FLOR NELLY BERNAL SOTO (Fls. 18 y 19 archivo 01).

De la misma forma, se recibió la declaración de la actora, quien expuso que trabajó para el I.C.B.F. por 23 años cuidando los niños de la entidad como Madre de Hogar, para lo cual ponía a disposición su casa y el Bienestar Familiar le proveía el mercado, la dotación de cocina y los demás implementos para los niños; además narró que recibía visitas una vez al mes por los Coordinadores del I.C.B.F., quienes verificaban que todo funcionara bien, que la nutricionista era quien hacía las minutas de la alimentación, las cuales tenía que cumplir, además dijo que jefes inmediatos eran NELLY BERNAL, GUSTAVO CÉSPEDES, CLOTILDE DAZA y la nutricionista de nombre MARTA, sin especificar el apellido.

Relató que inició actividades en 1987 y que el hogar comunitario a su cargo se encontraba en el barrio Ciudad Latina, que era capacitada por Bienestar Familiar respecto de las actividades que debía desarrollar con los niños. Que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ASOCIACIÓN INFANTIL MUNDO INFANTIL se conformó nueve años después de que se fundaron los hogares del Bienestar Familiar y que no tenía nada que ver con esa sociedad, pues eran simples intermediarios. Que percibía un salario mensualmente directamente de la Regional a la cual pertenecía por el cuidado de los niños, es decir, de la Regional Soacha Cundinamarca y que debía atender 14 niños, los cuales permanecían en el hogar de 8:00 a.m. a 4:00 p.m., horario estipulado por Bienestar Familiar.

Igualmente, sostuvo que recibía llamados atención y memorandos de parte de los funcionarios de la entidad si llegaban y no encontraban un niño, por tanto, no podía retirarse del sitio y que los beneficiarios de sus servicios eran los niños y los padres porque ellos podían dejar a sus hijos en su hogar comunitario; que no recuerda suscribir un contrato escrito con el I.C.B.F. y que no firmó documento alguno con la Asociación; finalmente que ella solucionaba los aportes a pensión.

Por su parte la testigo MARIA HERNANDEZ PRADA, dijo que conocía a la actora hace 30 años, que le consta que fue madre comunitaria, porque ella también había sido contratada por el Bienestar Familiar y que cada una trabajaba desde su hogar en el barrio Ciudad Latina; que el trabajo consistía en el cuidado de niños con los que debían desarrollar actividades lúdicas; que también preparaban los alimentos y que tal labor la desarrollaba de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 4:00 pm., horario que era impuesto por Bienestar Familiar.

Adujo que visitó la casa de la actora, pero nunca en la jornada laboral; que fueron compañeras y cumplían las mismas funciones, siendo la demandante fue madre comunitaria desde 1987 hasta el 2011 y tenía a cargo 14 niños. Que tenían la supervisión de funcionarios de Bienestar Familiar y además esa entidad enviaba la dotación, el menaje y el mercado, igualmente tenían un seguimiento de parte de los funcionarios 2 o 3 veces a la semana o al mes; que recibía una beca de parte de Bienestar Familiar, la cual era un porcentaje del salario mínimo, aclarando que era una beca, no salario, pues solo hasta 2014 se reguló tal aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Relató que tenía varios jefes que eran empleados de Bienestar Familiar; que en principio eran JULIO SÁNCHEZ y NELLY BERNAL; igualmente señaló que ellas no se identificaban con un carné, pero si con planillas de asistencia las cuales firmaban los funcionarios del I.C.B.F. y se entregaban mensualmente para el pago. Que las funciones de la actora eran permanentes y no tenían permiso de ir al médico y cuando requerían un permiso debían hacerlo preferiblemente por escrito al Bienestar Familiar, ya que no podían ausentarse del hogar; que rendían informes a la entidad por escrito y verbalmente y que las funciones las asignaba Bienestar Familiar.

Mas adelante relató que, los implementos para el desarrollo de la labor como madres comunitarias las enviaba el Bienestar Familiar, siendo la Asociación una simple intermediaria para su entrega.

Por su parte, la testigo LUZ ELENA RESTREPO sostuvo que era amiga de la actora desde el año 1980 y que trabajaron para el I.C.B.F. como madres comunitarias en Soacha; que la demandante inició en 1987 y terminó en 2011, que debía recibir los niños y llevar a cabo las actividades que la entidad accionada les ordenaba, teniendo a cargo 14 niños; que ella fue tesorera y presidenta de la Asociación y debía hacerle revisión una vez al mes.

Que la Coordinación la ejercía Bienestar Familiar directamente de 1987 hasta el 1996 cuando se crearon las Asociaciones; que la entidad les suministraba los alimentos y el menaje y a cambio recibía una beca y que cuando se crearon las Asociaciones, Bienestar Familiar seguía suministrando los implementos para el funcionamiento de los hogares comunitarios.

Indicó que las madres son designadas en por un grupo de madres comunitarias, que la actora debía cumplir un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 4:00 p.m., y el ICBF enviaba personal a revisar los hogares; que algunos de esos funcionarios fueron las señoras MARCELA y NELLY BERNAL, así como el señor GUSTAVO; así mismo que el jefe inmediato de la actora hacía las revisiones y llevaba unas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

planillas, asignándoles las funciones. Adujo que la entidad les entregó carnés y uniformes con su logo y que las funciones de la accionante eran permanentes, debiendo pedir permiso para ausentarse. Mencionó que cuando se crearon las Asociaciones, el I.C.B.F. seguía aprovisionando los hogares comunitarios para su funcionamiento.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte sin asomo a equivoco, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que la promotora de la litis prestó sus servicios como madre comunitaria del 31 de agosto de 1987 hasta el 8 de agosto de 2011 para la ASOCIACIÓN MUNDO INFANTIL en virtud del contrato que sostuvo con el I.C.B.F., según se indica en la certificación expedida por esa entidad, entidad que es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, de modo que, según las voces del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 sus servidores ostentan la calidad de empleados públicos, y excepcionalmente de trabajadores oficiales cuando cumplen funciones relacionadas con la construcción y sostenimiento de las obras públicas.

En esa medida, al analizar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el Decreto 2127 de 1945 ya referido, se encuentra que si bien se acredita la prestación de los servicios personales de la actora, lo cierto es, que no sucede lo mismo con el elemento subordinación, pues nótese que si bien su versión y la de las testigos MARÍA HERNÁNDEZ PRADA y LUZ ELENA RESTREPO refirieron que recibían instrucciones y que se ejercían otros actos de subordinación por parte del personal del I.C.B.F. para el desempeño de sus funciones, como el cumplimiento de un horario impuesto por la entidad y el pago de una beca como contraprestación de sus servicios, no es menos cierto, que ninguna dijo estar presente cuando se emitieron esas instrucciones por parte de tales funcionarios, además dijeron que en inicio el I.C.B.F. controlaba la actividad de las madres,

empero, con la creación de las Asociaciones todo se canalizaba a través de esos entes, lo que fue corroborado por las dos testigos.

Adicionalmente, no puede soslayarse el hecho que las actividades desplegadas por la gestora no dan cuenta de que su labor fuese de construcción y mantenimiento, lo que permitiría dar cabida a que su vinculación fuese como trabajadora oficial, a lo que se suma como vine de verse, que su labor para el periodo en que se desempeñó como madre comunitaria era eminentemente solidaria y voluntaria, aspecto que ha sido aclarado por vía jurisprudencial como ya se expuso ampliamente, determinando de manera palmaria que tales vínculos no constituyen contrato de trabajo, como bien lo concluyó el juzgador de primer grado.

Ahora, si bien a partir del Decreto 289 de 2014, se reguló la vinculación laboral de las madres comunitarias, tal normatividad no es aplicable al asunto que se examina en atención a que es posterior a la época en la que la demandante ostentó tal calidad, ello aunado a que en la disposición en cita se deja claro que la vinculación mediante contrato de trabajo no implica solidaridad con la aquí accionada, y establece una serie de condiciones en dirección a garantizar el pago de las obligaciones laborales y de protección social a esta clase de trabajadoras sin que en ningún caso se haya previsto obligación alguna a cargo del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR aquí demandado, lo que por consiguiente compele a la absolución frente al pago de las cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones por parte de esa entidad y el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, pues como lo expuso el *a-quo*, la actora no cumple con los requisitos estipulados en el régimen de transición o en la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones, para que resulte avante tal reconocimiento, pues si bien nació el 26 de junio de 1957, y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 37 años, y alcanzó la edad de 55 años en 2012, entre 1996 y 2015 solo acreditaba 619,86 semanas (Fls. 13, 14 y 39 a 45 archivo 01).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el 4 de abril de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2020 00113 01**
Demandante: JOSÉ GUILERMO PRIETO LÓPEZ
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida el 20 de abril de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor JOSÉ GUILLERMO PRIETO LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. a fin que se declare que PROTECCIÓN S.A. lo asesoró de manera errada e inadecuada, sin un análisis previo y minucioso sobre las condiciones que gravitaban en torno a sus específicas condiciones pensionales, exponiendo en riesgo la posibilidad que pueda gozar de una pensión justa y acorde con sus ingresos, lo anterior al trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 30 de junio de 1999.

Asimismo, se declare que PROTECCIÓN S.A. no le suministró información completa y comprensible antes de cumplir los 52 años de edad respecto del régimen pensional a elegir, por lo cual deprecia se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado a través de PROTECCIÓN S.A.

Igualmente, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con los respectivos aportes, rendimientos y semanas cotizadas, ordenando a su vez a esta última aceptarlo en el régimen público, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones indicó que nació el 23 de mayo de 1957, iniciando sus aportes pensionales en el mes de septiembre de 1978 a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado en su caso por PROTECCIÓN S.A., el 30 de junio de 1999, sin que para el momento de efectuar dicho traslado la AFP le hubiese explicado las implicaciones, ventajas y desventajas que conllevaría el traslado de régimen pensional; de igual manera que no se le informaron de manera suficiente las



consecuencias que para su retiro pensional podía tener el hecho de trasladarse al régimen privado.

Adujo que para el año 2008 PROTECCIÓN S.A. no le informó que tenía plazo de un año para iniciar los trámites tendientes a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo este el que más le convenía para sus intereses pensionales y no le informó sobre las proyecciones que debía proveer para asegurar el monto pensional en el momento de su retiro, entre otros aspectos de plena desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda argumentando que el traslado del demandante se encuentra ajustado a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que fue la misma actora quien solicitó trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, e igualmente realizó traslado horizontales, lo que implica una ratificación tácita según los preceptos del artículo 1754 del Código Civil; de otra parte que el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4º expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el estar pendiente de su estatus pensional, máxime si el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad a efectos de obtener la pensión de vejez.

Formuló como medios exceptivos los denominados de la víctima / afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte argumentó que la afiliación realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad lo fue conforme a la ley y la misma voluntad del actor, siendo así libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, constituyéndose un acto válido en la medida en que fue llevado a cabo de manera libre, espontánea y sin



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

presiones, además de haber recibido una asesoría integral y completa teniendo en cuenta todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro de la solicitud de vinculación.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de abril de 2022 declaró la ineficacia del traslado realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 30 de junio de 1999, por lo que condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, incluyendo todos los montos correspondientes a capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma que se hubiese en el régimen privado con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante.

También condenó a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, reactivando su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, condenando en costas a las encartadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión manifestó el *a-quo* que, atendiendo la doctrina dispuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a PROTECCIÓN S.A. demostrar que el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo precedido de un deber de información ajustado a derecho, en lo que atañe a las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, más exactamente sobre los pormenores y diferencias entre ambos regímenes, sin requerirse que las personas se encuentren inmersas frente al régimen de transición, situaciones todas que PROTECCIÓN S.A. no logró probar, pues el simple formulario de afiliación no logra suplir dicha carga probatoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Sostuvo en su alzada encontrar inconformidad por el traslado de sumas adicionales teniendo en cuenta que se ejerció una debida representación sobre los recursos económicos de la demandante, tanto así que con la contestación de la demanda se evidencian los rendimientos que el actor tuvo en su cuenta de ahorro individual, por lo que teniendo en cuenta la figura de la ineficacia en el entendido que las cosas vuelven a su estado anterior, no se debería incluso llegar a trasladar los rendimientos que son producto única y exclusivamente del formulario de afiliación que se está declarando ineficaz.

En tal sentido, trasladar sumas adicionales no tendría justificación normativa, más aún cuando desde la creación de la Ley 100 de 1993 se especificó el funcionamiento propio del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se autorizó el descuento de cualquier rubro económico que financiara a ambos regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 30 de junio de 1999 ante la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 18 – CUADERNO 05 PDF – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte del accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informado; por el contrario, manifestó que los asesores del entonces realizaron una reunión grupal en la empresa para la

que laboraba, la cual tuvo una duración aproximada de diez minutos, en la que lo único que se le indicó era que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, por lo que eran las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quienes en adelante asumirían las contingencias pensionales de los potenciales afiliados, sin que se le hubiese informado sobre aspectos puntuales como los requisitos pensionales en el régimen privado, los rendimientos financieros e intereses, sus beneficiarios, entre otros aspectos.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los



asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	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 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, en tanto la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

Respecto del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 20 de abril de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes, rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 17 2021 00212 01
Demandante: LILIANA LEÓN RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

También se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada JESSICA FERNANDA GIRÓN SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.635.136 y T.P. 368.140 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LILIANA LEÓN RAMÍREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del referido fondo privado.

En virtud de lo anterior, se declare que siempre estuvo afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implicó el traslado de régimen; asimismo, se ordene a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos, sumas adicionales, rendimientos, gastos por pólizas por invalidez y vejez, gastos de administración, aportes voluntarios y rendimientos financieros.

Igualmente, pretende se ordene a COLPENSIONES active su afiliación, reciba las sumas anteriormente referidas y actualice y corrija su historia laboral. Por último, solicita se emitan declaraciones y condenas de acuerdo con lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que nació el 22 de octubre de 1966, contando a la presentación de la demanda con 55 años; que cotizó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, desde el 14 de enero de 1986, alcanzando un total de 596,43 semanas al servicio de varias empresas. De la misma forma precisó que, se encuentra vinculada como docente oficial nombrada en propiedad mediante Decreto 088 del 26 de marzo de 2003, y ante una campaña de desinformación de los fondos privados suscribió formulario del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., sin que se le haya brindado una información suficiente respecto de las condiciones particulares de ese régimen, destacando que solo se le indicó que se podía pensionar a cualquier edad, además no le realizó una proyección de

su mesada pensional en ambos regímenes pensionales, ni se le dijo cuanto capital debía acumular para lograr la pensión, entre otros aspectos.

Por tal razón el 4 de octubre de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. una proyección de su mesada pensional y toda la documentación relativa a su traslado, además de la anulación de dicho acto, a lo cual respondió la encartada indicando el monto de la pensión en ese régimen y que la asesoría se realizó de manera verbal sin anexar soportes. A su vez, el 7 de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado de régimen, pedimento que fue desatado de manera negativa por la entidad, dando así cumplimiento al artículo 6º del C.P.T. y de la S.S.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a prosperidad de las pretensiones elevadas en el libelo introductorio, aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se probara error, fuerza, dolo o falta de información en el traslado de régimen. Además, el traslado lo realizó con plena voluntad dado que por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., tal como lo indicó en los hechos de la demanda; además que se encuentra incurso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dado que se encuentra a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones las que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Fls. 84 a 106 archivo 2021-00212).

A su turno PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Sostuvo que el traslado de régimen pensional de la gestora a través de ese fondo es completamente válido por cuanto brindó la información pertinente y necesaria; además solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 surgió la obligación de asesoría e información para sus afiliados, de ahí que a la fecha del traslado de la actora no estaba a su cargo esa obligación.

Igualmente, señaló que la actora suscribió de manera libre, espontánea e informada el formulario de traslado, recibiendo asesoría verbal amplia y suficiente, a lo que se suma que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló las excepciones 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. 135 a 162 archivo 2021-00212).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para demandar y prescripción.

Igualmente, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., por consiguiente, no produjo efectos jurídicos, encontrándose válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de ello ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, intereses y rendimientos, ordenado además devolver los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por Porvenir S.A., de su propio patrimonio; ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe Porvenir S.A., a favor de la demandante, y convalidarlos en su historia laboral, autorizándose incluso adelantar acciones de cobro administrativo en procura de obtener la devolución de la totalidad de los dineros, ello en aras de preservar la sostenibilidad financiera de ese sistema.

Para arribar a dicha conclusión, comenzó el *a-quo* por indicar que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, no obstante, sí contaba con una densidad de semanas importante al momento del traslado, esto es, de más de 550, de tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suerte que ese era uno de los aspectos por los que el fondo privado debía analizar el caso particular de la promotora con mayor acuciosidad; además expuso que del examen del formulario de traslado de régimen no se podía colegir que se haya brindado a la actora una información clara y suficiente ni que haya sido ilustrada sobre las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues de haber ahondado en ello, seguramente habría desanimado a la actora de trasladarse de régimen, deber de información que fue consagrado desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, refirió que del acervo probatorio allegado al trámite procesal, no se podía concluir que a la demandante se le haya brindado una información clara y veraz al momento del traslado, incumpliendo así el fondo de pensiones privado con dicha carga probatoria, precisando que en el *sub-lite* lo que procede no es la nulidad del traslado sino la ineficacia del mismo ante la falta de información, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia, ordenó la devolución de las sumas correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos, intereses y rendimientos, además ordenó devolver los gastos de administración los cuales debe asumir PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Adujo en su alzada que la jurisprudencia no puede ser aplicada de manera homogénea a todos los casos pues deben examinarse las particularidades del caso concreto, máxime cuando la demandante se trasladó de manera voluntaria de conformidad con la normatividad vigente para el año 2000; además las condiciones de cada régimen se encuentran plasmadas en la Ley 100 de 1993. Señaló que del formulario de afiliación se podía advertir la voluntad de la actora de trasladarse de manera libre y voluntaria.

Sostuvo que la devolución de los gastos de administración no es procedente de acuerdo con lo dispuesto por la Superintendencia de Financiera, en tanto los mismos ya fueron invertidos y no se encuentran en su poder, debiéndose aplicar lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 que regula el traslado de

los recursos. Finalmente, dijo que al desestimarse la ineficacia del traslado las agencias en derecho no deben correr a su cargo.

Por su parte COLPENSIONES en su alzada solicitó la revocatoria parcial de la sentencia en lo atinente a la condena en costas, dado que ha actuado bajo los parámetros legales, pues solo le es posible reactivar una afiliación después de que un Juez determine si existió una ineficacia del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 24 de marzo de 2000 con PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 163 y 208 archivo 2021-00212), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, la actora en su declaración indicó que PORVENIR S.A. le mencionó que en ese fondo y en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES su situación pensional sería la misma y que no iban a tener ninguna desmejora, por lo que nos e advierte confesión sobre el pleno suministro de la información, de tal modo, que al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según

lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, sin que se encontrara cumplido ese deber por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio, lo que imponía declarar la ineficacia del traslado contrario a lo aducido por dicha demandada en su alzada.

Ahora bien, frente a la apelación de PORVENIR S.A. frente a la orden de devolver los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, el Alto Tribunal en sentencia SL3477-2021, Radicación No. 79281 de 30 de junio de 2021, dijo lo siguiente:

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020), criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL2201-2021).”

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

En otro giro, y frente a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera, cabe mencionar que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad con la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es clara para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **19 2017 718 01**
Demandante: LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ CONTRERAS
Demandado: REPTECH COLOMBIA S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ CONTRERAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad REPTECH COLOMBIA S.A.S., a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la encartada, el cual finalizó por causa imputable al empleador.

En virtud de lo anterior, se condene a la demanda al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, comisiones, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas adujo que el 17 de enero de 2009 suscribió contrato de trabajo a término indefinido a efectos de desempeñar el cargo de Representante Técnico de conformidad con las órdenes e instrucciones que se le impartieran.

Que la suma pactada como retribución salarial mensual ascendió \$995.947, acordándose además como parte de la remuneración que a partir del segundo semestre del año 2009 se pagaría una suma mensual que resultaría de aplicar la política de ventas que el empleador haya establecido, ello de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera del contrato de trabajo.

Adujo que la relación laboral que se mantuvo hasta el 30 de noviembre de 2015, cuando la encartada decidió finalizar su contrato de trabajo aduciendo una presunta justa causa.

Al unísono, argumentó que dentro de su liquidación final no se tuvo en cuenta las comisiones por ventas a las que tenía lugar para los años 2013, 2014 y 2015.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada REPTECH COLOMBIA S.A.S. expuso en su contestación que el 2 de enero de 2008 se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de seis meses y, con posterioridad, el 17 de enero de 2009, se transformó a término indefinido con un clausulado específico, en el cual por demás hacía parte un otrosí de confidencialidad y política de ventas.

En lo atinente a la política de ventas adujo que, si bien es cierto que en el clausulado se estima lo referente a la política de ventas en una suma mensual después de los primeros seis meses, también quedó claro en su redacción que dicho pago se otorgaría por mera liberalidad.

En lo que respecta a la sanción por despido sin justa causa, indicó que la finalización de la relación laboral con el demandante obedeció a la configuración de cuatro justas causas endilgadas al momento del finiquito, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del C.S.T.

Formuló como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido y mala fe.

En este punto, la Sala pone de presente que el *a-quo* a través de proveído adiado el 12 de julio de 2021, ante el fallecimiento del demandante señor LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ CONTRERAS, declaró la sucesión procesal con la finalidad que el proceso se continuara respecto de la cónyuge del causante, señora ELIZABETH ROSAS MONGUÍ (Fl. 96 – PDF – CUADERNO UNO).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la encartada por el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2015, condenando a la pasiva al reconocimiento y pago de \$20.986.888 por concepto de sanción por despido sin justa causa según lo preceptuado en el artículo 64 del C.S.T. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia manifestó que no existió controversia respecto a la existencia del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2015.

Adujo en lo que respecta a la sanción por despido sin justa causa y según lo preceptuado en el artículo 64 del C.S.T., que no se evidencia dentro del plenario la existencia de un trámite disciplinario para la terminación del contrato de

trabajo, y atendiendo la carga de la prueba, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en indicar que le corresponde a la parte demandante demostrar el despido para que sea el empleador quien acredite la justa causa, tópico que demostró en primera medida el actor con la carta del finiquito.

Señaló que la demandada no logró demostrar las justas causas endilgadas para la finalización del contrato de trabajo, en tanto el caudal probatorio no fue suficiente para advertir la configuración de las presuntas conductas descritas en la carta de terminación. Sostuvo que una de las causales endilgadas para el despido fue el reconocimiento pensional al demandante, la cual está contemplada en el parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia adoctrino el reconocimiento de la pensión de vejez como causal autónoma para la terminación del contrato de trabajo por justa causa, recordando que las justas causas para la finalización del vínculo por parte del empleador establecidas en el artículo 62 del C.S.T. requieren de un preaviso no menor de quince días.

Que con ocasión de lo anterior, el referido artículo 9º de la Ley 797 de 2003 contempla como causal autónoma de extinción del contrato de trabajo el reconocimiento de la pensión de vejez, sopesando su argumento en el hecho que, con relación a estas características la Alta Corporación identificó que aplicaba para: (i) los trabajadores particulares y servidores públicos, (ii) se viabiliza su empleo cuando la administradora le notifica al trabajador el reconocimiento de la pensión y su inclusión en nómina, (iii) el retiro del trabajador por el reconocimiento de la pensión entraña una decisión discrecional del empleador, (iv) el empleador puede solicitar la pensión en nombre del trabajador cuando este no la tramita en el término que la norma lo establece y (v) se aplica indistintamente para los pensionados del Régimen de Prima Media en el marco del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y los beneficiarios del régimen de transición.

Asimismo, adujo que el Decreto 2245 de 2012 ha dispuesto que en caso de que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo para garantizar que no exista solución de continuidad, debe concurrir el contrato hasta el reconocimiento de la prestación, sin embargo, dentro del presente asunto se demostró que al demandante se le había reconocido pensión desde año 2010 , por lo que no existe un nexo causal entre la causal alegada y el hecho del despido.

En lo que atañe a la pretensión del pago de comisiones causadas desde el año 2013 hasta el año 2015, la negó bajo el argumento que la pretensión se elevó de manera genérica e imprecisa, lo que no permite determinar la causación del pago ni el monto, más aún, si dentro del plenario obra prueba de los pagos sobre estos conceptos desde el 1º de noviembre de 2015 en cuantía de \$17.827.541, por lo que determinó no adeudarse suma alguna.

Frente al pago de prestaciones sociales y vacaciones, sostuvo que tales rubros también fueron demostrados de pago en el plenario, lo que conllevó a que absolviera sobre estas súplicas, así como a la pretensión atinente a la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Encontró inconformidad frente a la absolución por concepto de comisiones, bajo el entendido de haber manejado la cuenta de Promigas durante los meses anteriores a las decisiones adoptadas por el Representante Legal de la encartada y, si bien es cierto, dentro de la liquidación aparecen unos rubros por comisiones, las mismas no se cancelaron en su totalidad de acuerdo con el contrato suscrito entre las partes.

Por su parte la demandada argumentó que la terminación del contrato de trabajo se produjo por justas causas comprobadas, y que la atinente al reconocimiento pensional, puede ser aducida en cualquier momento por el empleador.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como primer problema jurídico si resulta procedente el reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del C.S.T.

En segundo lugar, habrá de determinarse la procedencia o no de la condena por concepto de comisiones perseguidas por el accionante.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el señor LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ CONTRERAS (q.e.p.d.), y la demandada REPTECH COLOMBIA S.A.S., existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2015, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Representante Técnico. Prueba de ello son los contratos de trabajo suscritos, el primero de ellos a término fijo, el cual mutó a término indefinido, junto con la respectiva carta de finalización de la relación laboral adiada del 20 de noviembre de 2015 (Fls. 13 a 21 y 28 a 29 – PDF – CUADERNO UNO y Fls. 3 a 6 y 7 a 13 – PDF – CUADERNO DOS).

Tampoco el hecho que el último salario promedio básico mensual devengado por el demandante ascendió a la suma de \$1.323.751 conforme da cuenta la liquidación final de prestaciones sociales realizada por la pasiva (Fl. 151 – PDF – CUADERNO DOS).

d. De la sanción por despido sin justa causa.

Así las cosas, se debe advertir que en tratándose de la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste al demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., el despido se acreditó a plenitud como quiera que se allegó al plenario la carta de terminación de la relación laboral que se expidiera por la encartada el 30 de noviembre de 2015 (Fls. 28 a 29 – PDF – CUADERNO UNO), documento que por demás no fue refutado de falso; circunstancia por la cual, le atañe a empleador comprobar la justa causa endilgada.

Así las cosas, la referida carta argumenta lo siguiente:

“Nuestra compañía REPTECH COLOMBIA S.A.S. ha decidido dar por terminado irrevocablemente dicho contrato de trabajo, de forma unilateral a partir de la fecha de la presente comunicación por justa causa imputable



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al trabajador, de conformidad al Artículo 62 numeral 14, como accesorios el numeral 2, 6, 8 de Código Sustantivo del Trabajo.

*“Artículo 62: **TERMINACIÓN DE CONTRATO POR JUSTA CAUSA.** Por parte del empleador:*

*“2. **Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.** (Negrilla fuera de texto).*

*“6. **Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.** (Negrilla fuera de texto).*

*“8. **El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.** (Negrilla fuera de texto).*

*“14. **El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.** (Negrilla y subrayado fuera de texto) causal por la cual invocamos la terminación de contrato suscrito con usted.”*

Ahora bien, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante, señalando encontrarse pensionado desde el año 2010.

Por su parte la testigo CLAUDIA LUCÍA QUINTERO RAMÍREZ, manifestó que es contadora pública, siendo en la actualidad Analista Contable de la demandada, estando vinculada a la empresa desde mediados del año 2014. Refirió conocer al demandante por cuanto eran compañeros de trabajo, teniendo conocimiento que el actor desempeñaba el cargo de Asesor Comercial. Que al actor se le pagaban sus derechos laborales, dejándosele de pagar seguridad social en pensión ya que a través de una carta que presentó, dejó consignado que se encontraba pensionado.

La testigo FLOR CRISTINA ROJAS TELLEZ – hermana del Representante Legal de la demandada -, indicó que tiene 61 años y es la contadora pública de la

demandada, estando vinculada laboralmente aproximadamente desde hace 19 años.

Que conoce de vista al demandante porque estuvo vinculado con la empresa trabajando en la parte de ventas, siendo ella quien autorizó la liquidación final de prestaciones sociales del actor, liquidación que se transcribió por su asistente CLAUDIA LUCÍA QUINTERO RAMÍREZ, sin hacer mención a la causal de retiro.

El testigo FLAVIO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ – hijo del Representante Legal de la demandada, manifestó que es Director de Mercadeo y Ventas de la demandada, encontrándose vinculado en la empresa desde aproximadamente 10 años, siendo de profesión Ingeniero Industrial.

Que conoce al demandante por cuanto estuvo vinculado al servicio de la demandada en el cargo de Representante de Ventas y estuvo vinculado hasta el mes de noviembre del año 2015. Que en conjunto con la Agencia General de la empresa se asignan los clientes a los Representantes Técnicos de la demandada.

Que el perfil de los Representantes Técnicos o de ventas consiste en ser ingeniero titulado y conocimiento en inglés. Adujo que una de las causales del despido del demandante era porque ya se encontraba pensionado. Refirió además que el demandante violó el acuerdo confidencial de la compañía, como quiera que comunicó a terceros información de la empresa, incluso al actor se le hicieron llamados de atención de forma verbal.

En tal sentido, la Sala puede colegir que, como da cuenta la carta del finiquito laboral, el empleador imputó como conductas para finalizar el contrato de trabajo las enlistadas en los numerales 2º, 6º, 8º y 14 del artículo 62 del C.S.T.

Al respecto, vale la pena destacar que para el análisis de la finalización de un contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del

C.S.T., y que contempla como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*.

Significa lo anterior, que la disposición normativa en comento, consagra dos situaciones diferentes que se consideran como justa causas para la terminación del contrato de trabajo, siendo la primera cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumbe al trabajador de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., mientras que la segunda se circunscribe a las faltas graves que se califique en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Bajo esta óptica, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las obligaciones que le incumben en tratándose como las causales propias del C.S.T., deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sí se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

Asimismo, la Corte en sentencia SL187-2018 lo siguiente:

“Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...”

“El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto’.

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...’

“Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio

para la entidad patronal” (Subraya la Sala).”

Así entonces, de entrada, advierte la Sala que las causales endilgadas por el empleador en los numerales 2º, 6º y 8º del artículo 62 del C.S.T. no lograron ser demostradas como un despido ajustado a derecho. En primer lugar, nótese que analizadas las mismas en conjunto con el caudal probatorio surtido en instancia, además de encontrarse expuestas en la carta de terminación, nada se acreditó frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre lo verdaderamente sucedido para su presunta configuración.

Lo anterior teniendo en cuenta que solo se aportaron unos llamados de atención fechados los días 9 de septiembre de 2014, 22 de mayo y 27 de noviembre de 2015 (Fls. 43 a 44, 47 y 50 – PDF – CUADERNO DOS), a través de los cuales pone de presente unos presuntos incumplimientos a un acuerdo de confidencialidad, malos actuares con los clientes dejando a la demandada en una mala posición comercial con el mercado, comportamientos inapropiados con funcionarios de entidades bancarias, extemporaneidad en entregas de reportes de ventas, comunicación restringida a terceros, entre otros aspectos, conductas que no se corroboran con ningún medio probatorio.

Aunado a lo anterior, los testimonios de CLAUDIA LUCÍA QUIENTERO RAMÍREZ, FLAVIO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ y FLOR CRISTRINA ROJAS TÉLLEZ, no advierten de manera fehaciente la existencia de circunstancias concordantes y certeras sobre las presuntas faltas aludidas; circunstancias por la cual las mismas no gozan de prosperidad para haber finalizado la relación laboral del demandante.

Ahora bien, en lo que atañe a la causal 14ª, referente a: *“El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”*, se debe señalar que el inciso final de la norma dispone la necesidad de dar aviso al trabajador con quince (15) días de anticipación a la fecha en que se hará efectiva la terminación del contrato. Adicionalmente, la Corte Constitucional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en sentencias C-1443 de 2000 y C-1037 de 2003 dispuso –con efectos de cosa juzgada constitucional- dos condiciones, a saber: i) la consulta previa al trabajador sobre su deseo de continuar cotizando al régimen para aumentar el valor de la mesada pensional, en virtud del derecho que le otorga la ley para esta finalidad; y ii) que no haya solución de continuidad entre el último salario y la primera mesada pensional, por resultar ello indispensable para preservar su mínimo vital.

Atendiendo lo anterior y revisado el expediente la Sala revocará la decisión de condena sobre la sanción por despido sin justa causa determinada por la falladora de instancia, en tanto el retiro del demandante se soportó con la misma confesión realizada en el interrogatorio de parte practicado donde adujo que se encontraba pensionado desde el año 2010, tópico que además se demuestra con la Resolución 116170 del 12 de agosto de 2010 expedida por COLPENSIONES, que da cuenta que al actor le fue reconocida una pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 2010, siendo incluido en nómina este último mes, es decir, en fecha muy anterior al retiro.

Sobra advertir que con independencia del carácter de la pensión reconocida, el empleador podía terminar la relación con justa causa, pues además de que la norma no distingue sobre la naturaleza de la pensión (lo que impide al interprete efectuar la distinción) los criterios, el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador, luego no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el empleado ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, convirtiéndose así en una causal objetiva que la misma normatividad laboral regula como ajustada a derecho para el finiquito laboral.

Esta discusión fue analizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3823-2020, Radicación No. 83874 del 30 de septiembre de 2020, en la que indicó:

“Dentro de las justas causas de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador establecidas en el artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965 que requieren de un preaviso no menor a 15 días, está la relativa al «reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa».

“La citada causal, hoy debe comprenderse en armonía con el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, según el cual:

“Parágrafo 3.º. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

“Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

“Respecto a las características de esta causal, en sentencia CSJ SL2509-2017, esta Corporación identificó las siguientes: (i) aplica a los trabajadores particulares y servidores públicos; (ii) se viabiliza su empleo cuando la administradora le notifica al trabajador el reconocimiento de la pensión y su inclusión en nómina, esto último de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia CC C-1037-2003, en aras de garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de la desvinculación y la percepción de la prestación.

“En la misma providencia, esta Sala señaló (iii) que el enunciado «podrá» contenida en los incisos 1º y 3º de la norma, expresa que «el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador. Luego, no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad».

“Igualmente, respecto a la mencionada causal, en tal sentencia se dijo (iv) que el empleador puede solicitar la pensión en nombre del trabajador, cuando este no la tramite en el término que la norma establece, y (v) se aplica indistintamente para los pensionados del régimen de prima media en el marco del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y los beneficiarios del régimen de transición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Lo anterior permite dar cuenta, en lo que respecta al asunto bajo análisis, que el despido del actor con fundamento en la causal derivada del reconocimiento de la pensión de vejez podía emplearse válidamente; su procedencia se encontraba enmarcada en la salvaguarda de que, entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no dejara de recibir los ingresos que garantizaban su subsistencia, supuesto que el Tribunal halló acreditado y no se discutió a través del recurso extraordinario, y lo mismo ocurrió respecto del término de 15 días de preaviso que, en todo caso, se cumplió”.

Así las cosas, al tratarse de una objetiva causal de la cual el empleador puede hacer uso en el tiempo, contrario a lo argumentado por la *a-quo*, no hay lugar a imponer condena alguna, ello en tanto quedó plenamente demostrado que el señor LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ CONTRERAS fue pensionado para el año 2010, cumpliéndose así los requisitos mínimos regulados en la normatividad para la justeza del despido.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1373-2022, Radicación No. 83921 del 27 de abril de 2022, señaló:

“Para la Sala, el hecho de que la pensión de vejez hubiera sido reconocida [...] a partir del 17 de marzo de 2014 (fl. 371) y que el finiquito del contrato de trabajo fuera el 30 de marzo de 2017 (fls. 181-184), no vulnera el principio de inmediatez, en tanto simplemente no resulta aplicable, toda vez que se trató de un despido fundado en el reconocimiento al trabajador de la pensión de vejez.

“En punto a la inmediatez que echa de menos la censura, en sentencia CSJ SL3108-2019, se discurrió:

“Desde este punto de vista, no resulta viable aplicar el principio de inmediatez cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado»”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la citada sentencia recientemente SL3108-2019, señaló esa Corporación, además:

“Se desprende de lo expuesto, que no es acertado aplicar a la causal de terminación del contrato de trabajo originado en el otorgamiento de la pensión el mismo tratamiento de las obligaciones contractuales como que la inmediatez requerida jurisprudencialmente entre la ocurrencia del hecho (falta), y su invocación patronal para la terminación del contrato, se justifica en la circunstancia de que transcurrido un tiempo superior al necesario para perfeccionar la investigación interna suscitada por la ocurrencia del hecho constitutivo de la falta del trabajador, esta debe considerarse perdonada por el patrono y sin relevancia jurídica para provocar el despido. Por el contrario, nada impide al patrono y el trabajador mantener el vínculo contractual cuando reconocida la pensión a favor del último, surge de esta circunstancia la causal establecida por la ley, pues en lo concerniente a los trabajadores del sector privado el ordenamiento no impone edad de retiro forzoso. No obstante, la prolongación voluntaria del contrato, la causal derivada del reconocimiento de la pensión no desaparece, pues lo que caracteriza la prestación que la origina es la constitución permanente de una posibilidad de goce a favor del trabajador. Dicha contingencia genera al patrono la alternativa de mantener el contrato o darlo por terminado pues ninguna de las decisiones que tome al respecto, lesiona derechos constituidos a favor del trabajador”. (Subrayado fuera de texto).

A pesar de lo anterior, la Sala advierte que, como ya se hizo hincapié, el inciso final de la norma dispone la necesidad de dar aviso al trabajador con quince (15) días de anticipación frente a la data en que se hiciera efectivo el finiquito contractual.

Frente a tal precepto, si bien este escenario constituye la justeza del despido que conlleva a la absolución de la indemnización reglada en el artículo 64 del C.S.T., no debe dejarse de lado la legalidad del mismo, escenario último que se entiende como el lleno de los requisitos con la finalidad de efectivizarse la terminación.

Y es así que al existir la omisión del preaviso sobre un término no inferior a quince (15) días, se configuraría un perjuicio al trabajador, como es el hecho de no haberse suplido los requisitos mínimos que contempla la norma.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL169 de 2022, Radicación No. 84777 del 2 de febrero de 2022, en lo que concierne a la legalidad del despido sostuvo:

“En efecto, la jurisprudencia ha anotado que es diferente i) la legalidad de la terminación unilateral del contrato y, ii) la justeza del despido, porque, lo primero, está relacionado con el cumplimiento de todas las formalidades previstas en la ley para llevar a cabo el finiquito, entre otras, la del preaviso.

“Mientras que, lo segundo, se encuentra vinculado con la necesaria correspondencia entre la causal aducida por el empleador y las autorizadas por la norma para tomar la decisión unilateral de concluir el contrato de trabajo.

“Por tanto, la omisión de aquella comunicación, cuando, como en el caso, existe la justa causa, no puede generar la indemnización del artículo 64 del CST, pues el perjuicio irrogado al trabajador sería uno distinto al que se resarce con la tasación de esa norma.

“En ese sentido, lo orientó la Corporación desde la decisión CSJ SL, 16 may. 2001, rad. 14777, en la que se explicó:

“[...] es lo ilegal en el rompimiento del contrato, no la inexistencia de la justa causa, lo que debe ser indemnizado, pues aunque el despido se califique de ilegal, ello no es suficiente para desconocer que la justa causa aducida para tomar esa determinación existió, pues la ocurrencia del hecho real que la estructura sigue vigente así no se haya cumplido la manifestación posterior que exige la ley para que el despido quede perfeccionado, como lo es el aviso de los 15 días.

“Realidad distinta a lo anterior es la que se presenta cuando el juez califica el rompimiento del contrato de injusto porque no hubo, no se demostró o no se invocó en su debida oportunidad justa causa para romper el vínculo laboral.

“Por lo tanto, para los efectos del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se puede y debe diferenciarse el despido injusto del ilegal, por lo que no resulta pertinente a la luz de los artículos 1º y 18 del Código Sustantivo del Trabajo, ni aún del 19 de ese mismo estatuto, aplicar, para los fines indemnizatorios, el artículo 64 de ese mismo estatuto sustantivo. Esto porque esta última norma parte de la base, como lo ha dicho la jurisprudencia, que la terminación del contrato sin justa causa produce un perjuicio cierto al trabajador y tasa previamente el valor del mismo en lo que corresponde al daño emergente, y es innegable que para lo uno y otro tiene en consideración que no había justa causa para romper el contrato por lo que el empleador



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

debe indemnizar el perjuicio que con su conducta ocasiona al trabajador afectado.

“Es por lo anterior que la regulación del mencionado precepto no cabe aplicarla a una situación diferente a la que ella prevé, como lo es la terminación unilateral del contrato existiendo la justa causa pero omitiendo el empleador dar el aviso de los 15 días que ordena el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pues en ese evento acudiendo a la filosofía que contiene el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el perjuicio que, en principio, por lucro cesante se le causa al trabajador, sería el valor del salario correspondiente a ese lapso, que es lo que éste deja de recibir antes de finalizar el contrato si se hubiera dado el aludido aviso.

“Bajo esos razonamientos, la Corte ha puntualizado, entre otras, en las decisiones CSJ SL, 19 feb. 2008, rad. 30819; CSJ SL, 11 ag. 2009, rad. 34847 y la CSJ SL, 14 nov. 2012, rad. 37823, que la falta de comunicación en tiempo de la terminación del contrato con justa causa, en relación con las circunstancias descritas en los numerales 9º a 15 del artículo 62 del CST, no conlleva, de la manera en que lo persigue la acusación, a la indemnización del artículo 64 del CST, sino a una que cubra el perjuicio causado con aquella falta, equivalente, por lo menos, a 15 días de trabajo.

“Sobre esa precisión, se lee en la sentencia inicialmente citada, lo siguiente:

“[...] son dos situaciones totalmente disímiles, una dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, y otra que configurada la causa legal el empleador omita dar el aviso de los 15 días que ordena para ciertas causales el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, donde en el primer evento el despido se torna en injusto y en cambio en el segundo el rompimiento con existencia de la justa causa sin efectuarse el preaviso se debe es calificar únicamente como ilegal, lógicamente en ambos casos se indemniza pero bajo un tratamiento legal distinto, con el efecto propio de la igualdad, proporcionalidad y el equilibrio social que pregonan la Carta Política.

“Así las cosas, para la Sala la incidencia que tiene el no dar el aviso previsto en el artículo 7º del Decreto de marras 2351 de 1965 para la finalización del vínculo laboral, no es otra que el reconocimiento de los perjuicios que se demuestren por motivo de tal omisión, sin que en ningún caso puedan ser inferiores al valor de los 15 días de salarios correspondientes al mínimo de anticipación con que debe preavisarse al asalariado.

“En suma, de haberse demostrado, en contra de lo considerado por el Tribunal, que no lo fue, que el empleador no comunicó a la impugnante el preaviso de terminación del contrato en tiempo, en todo caso, como

lo dijo el colegiado, no procedería la indemnización por despido injusto que persigue la censura.

Así las cosas, al haberse comunicado la renuncia al demandante el mismo día de la terminación de la relación laboral, esto es, el 30 de noviembre de 2015 (Fls. 28 a 29 – PDF – CUADERNO UNO), clara es la carencia del preaviso de los quince (15) días; circunstancia por la cual, la demandada REPTECH COLOMBIA S.A.S. deberá cancelar a razón de perjuicios la suma de \$661.876, teniendo en cuenta que el salario básico mensual ascendió al valor de \$1.323.751, condena que deberá pagarse de manera indexada.

Así las cosas, se modificará la decisión de primer grado en este aspecto.

e. Del pago de comisiones.

En lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo 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, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque

siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

Para el efecto, el actor persigue el pago de comisiones para el año 2013 en la suma de \$2.470.350, 2014 en la suma de \$13.372.136 y 2015 en la suma de \$53.502.953.

El contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes, en sus párrafos Primero y Segundo se estableció:

“PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdan que a partir del segundo del año 2009, **EL EMPLADOR** pagará a el **TRABAJADOR**, por concepto de bonificación unilateral, por mera liberalidad, una suma mensual que resultará de aplicar la política de ventas que el **EMPLEADOR** haya establecido, la cual se anexa al presente contrato y hace parte integral del mismo. **PARAGRAFO SEGUNDO.** Las partes acuerdan expresamente, que las sumas de dinero contenidas en el párrafo anterior, así como cualquier otra suma o beneficio adicional que reciba **EL TRABAJADOR** proveniente de **EL EMPLEADOR**, en dinero o en especie, no será constitutiva de salario y en consecuencia no serán tenidas en cuenta para efectos de liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social o a la parafiscalidad, ni indemnizaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Igualmente, las partes manifiestan que **EL EMPLEADOR** podrá retirar en cualquier momento los beneficios que unilateralmente reconozca a **EL TRABAJADOR**, sin que esta situación implique desmejora en las condiciones laborales pactadas con **EL TRABAJADOR.**”

Confrontado el caudal probatorio, como lo concluyó la operadora de instancia, no se logró demostrar en forma alguna por el demandante los pagos perseguidos, toda vez que a pesar de existir relación de pagos allegados por la misma encartada sobre comisiones pagadas para los años 2013, 2014 y 2015 a razón de ventas realizadas por el actor, lo cierto es que no obra prueba adicional que enrostre a la Sala sobre alguna comisión pendiente de pago, carga que le correspondía al mismo actor y que no acreditó.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al respecto, el Representante Legal de la demandada, señor FLAVIO RICARDO ROJAS TÉLLEZ, en el interrogatorio de parte no confesó adeudarse suma alguna de dinero por concepto de comisiones; por el contrario, señaló que para el año 2015 el demandante solicitó a la compañía reiterativos permisos a comienzos de año, incumpliendo con sus deberes de visitar al cliente Promigas y, para los meses de junio y julio de esa anualidad, el actor tuvo una licencia por una intervención quirúrgica, época en que apareció una nueva necesidad técnica del contratista la cual se atendió para el mes de julio a través de una visita realizada por el señor FLAVIO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ, junto con el ingeniero JORGE ZALGADO, quienes llevaron a cabo las cotizaciones, respuestas técnicas y todo lo relacionado con el proyecto, de ahí que el señor FLAVIO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ quedó asignado para desarrollar el proyecto con Promigas, dejando de presente que el actor en ningún momento presentó gestión alguna con el mencionado usuario.

Por su parte la testigo CLAUDIA LUCÍA QUINTERO RAMÍREZ, relató que las comisiones se llevaban a cabo cuando se realizaban los pagos de los clientes, sin tener conocimiento si el demandante fue el que realizó la gestión final con el cliente Promigas; por su parte la testigo FLOR CRISTINA ROJAS TELLEZ señaló ser la persona que autorizó la liquidación final de prestaciones sociales del actor, manifestando que la compañía realiza anticipos a los Representantes de Ventas y cuando se legalizan las comisiones se hacen los correspondientes descuentos.

Finalmente, el testigo FLAVIO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ adujo que el actor no llevó a cabo órdenes de compra con Promigas, siendo él como testigo el que manejara el referido cliente durante el tiempo en que el actor se encontraba incapacitado, incluyendo las gestiones de venta.

Así las cosas, al no existir prueba que acredite que se adeude suma alguna de dinero por concepto de comisiones, se confirmará la decisión de primer grado, en este puntual aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia.



V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a REPTECH COLOMBIA S.A.S. pagar a favor de la parte demandante por concepto de perjuicios ante la ilegalidad del despido que tuvo su finalización el 30 de noviembre de 2015, la suma de \$661.876 debidamente indexada, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 20 2021 00371 01
Demandante: SONIA DEL PILAR BOHÓRQUEZ ÁVILA
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.014.196.194 y T.P. 276.516 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SONIA DEL PILAR BOHÓRQUEZ ÁVILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin que se declare que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ante la omisión en el cumplimiento de los requisitos legales de que tratan los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ende la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Que en forma subsidiaria se declare la nulidad del traslado, declarándose a su vez válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Asimismo, se declare que COLFONDOS S.A. está obligado a devolver la totalidad de los aportes realizados, rendimientos, bonos pensionales girados a su favor y demás conceptos de cotizaciones a pensión, sin efectuar ningún tipo de deducciones sobre los mismos; así como que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos contemplados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de carácter declarativo, solicita se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes que efectuó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluidos los aportes voluntarios y rendimientos de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, sin efectuar ningún tipo de descuento.

Igualmente, se condene a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 21 de mayo de 1965, cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 1º de marzo de 1995 hasta la actualidad.

Que suscribió formulario de afiliación de traslado de régimen pensional con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

S.A. el 1º de junio de 2001. Sostuvo que, al momento del traslado de régimen, COLFONDOS S.A. no le brindó una asesoría completa sobre las ventajas y desventajas que implicaba dicha decisión.

Indicó que COLFONDOS S.A. se abstuvo de cumplir con el deber de información, por cuanto no fue oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias de trasladarse de régimen, no se le efectuó un estudio previo, individual y completo sobre las ventajas y desventajas económicas que le traería el traslado.

Que nunca se le suministró información sobre la edad mínima, el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, la posibilidad de trasladarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el capital que debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o qué monto debía completar en su cuenta individual para poder acceder a una pensión de vejez, entre otros factores de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumento que resulta improcedente la ineficacia o nulidad del traslado de la actora, en tanto ejerció de manera libre y voluntaria el derecho de elección de régimen pensional.

Aseveró que los asesores comerciales brindaron a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, en la que se le asesoró acerca de las características del régimen privado, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional.

De otro lado, indicó que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que se ratifica con los actos propios de la demandante, quien dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden, no retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

COLPENSIONES por su parte argumentó que dentro del plenario no existe prueba que advierta que, al momento del traslado de la demandante, se la haya hecho incurrir en error alguno ante la presunta falta del deber de información por parte de COLFONDOS S.A., o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo.

Que tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte de la demandante; por el contrario, se aprecia que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se verificó de manera libre y voluntaria, sin dejar constancias sobre constreñimientos o presiones indebidas, máxime si no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de abril de 2022 declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del Régimen de Prima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que suscribiera la demandante por intermedio de COLFONDOS S.A. el 1º de junio de 2001.

Por consiguiente, ordenó a COLFONDOS S.A. a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la demandante como afiliada, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, condenando también a las demandadas al pago de costas procesales.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que, según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el asunto de marras debe ser estudiado a la luz de la ineficacia y de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP COLFONDOS S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información, situación que no logró probar dentro del plenario.

En cuanto a los gastos de administración, incluido el seguro previsional, el *a-quo* refirió que dichos conceptos no deben ser objeto de retorno, por cuanto están establecidos para ambos regímenes pensionales, se causan en las fechas de afiliación de cada trabajador o trabajadora a uno u otro fondo, y el seguro previsional protegió a la afiliada contra los riesgos de invalidez y muerte.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Sostuvo en su alzada que en el proceso no se logró demostrar el supuesto perjuicio sufrido por la demandante y que le causara COLFONDOS S.A., así como la falta de información al momento de la asesoría, carga probatoria que le correspondía probar a la accionante.

Que confrontado el formulario de afiliación de la actora en COLFONDOS S.A. y que se suscribiera bajo la gravedad de juramento, el mismo expresa que la afiliación se llevó a cabo de manera libre y consciente, por lo que el traslado de régimen se produjo con el lleno de los requisitos y oportunidades legales, máxime que no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

manifestó su deseo de retractarse, lo que implica que no se pueda ordenar su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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



histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 1º de junio de 2001 con COLFONDOS S.A. (Fl. 25 – CUADERNO 06 PDF – CONTESTACIÓN COLFONDOS S.A.), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, refirió que la situación por la que se trasladó fue porque el asesor de COLFONDOS S.A. de ese entonces le manifestó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se extinguiría, de ahí que hubiese adoptado la decisión de traslado, siendo enfática además en resaltar que no existió información adicional alguna.

Lo anterior se acompasa con lo manifestado por el Representante Legal de COLFONDOS S.A. en el interrogatorio de parte surtido, como quiera que indicó que, a parte del formulario de afiliación suscrito por la demandante, no obra documentación adicional que advierta la información que se le suministró a la actora.



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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2001, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al disponer a la ineficacia del traslado, al no haberse acreditado por pasiva el cumplimiento del deber de información.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración negados por el operador de instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, por lo que la decisión de primer grado habrá de adicionarse sobre este puntualísimo aspecto.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia, **CONDENAR** a COLFONDOS SA. PENSIONES Y CESANTÍAS a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes, rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.

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

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) a cargo de COLPENSIONES, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 21 2020 00436 01
Demandante: INGRID CECILIA TORRES ALARCÓN
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora INGRID CECILIA TORRES ALARCÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia del traslado inicial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, se disponga la reactivación de la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y se le condene a PORVENIR S.A. devolver todos y cada uno de los valores consignados



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en su cuneta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos causados.

Por último, se condene a COLPENSIONES a tramitar el recaudo de los dineros que posea PORVENIR S.A. por todo concepto como afiliada al fondo de pensiones, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1988 y el 30 de junio de 1999, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., cotizando para dicha data como trabajadora dependiente del empleador FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A.

Reseñó que el fondo privado no la asesoró ni le suministró información al momento del traslado inicial, sobre los requisitos exigidos para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de acuerdo a su historia laboral y al cargo que estaba desempeñando para ese entonces, dejando de presente que el antiguo INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES guardó silencio en cuanto al cambio de régimen pensional, sin que le suministrara ninguna información relacionada con sus derechos pensionales y requisitos para adquirir la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que el fondo privado en ningún momento le suministró el manual de funciones, el plan de pensiones ni un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional, además no se le informó que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el nivel de riesgo de inversión en el portafolio del fondo privado, entre otras situaciones de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES contestó la demanda aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que advierta que a la aquí demandante al momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le hizo incurrir en algún error ante la presunta falta al deber de información por parte de la AFP, o que se advierta la presencia de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, así como que dentro de las solicitudes tampoco se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte de la demandante; por el contrario, se aprecia que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que el traslado operó de manera libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. argumentó que a la demandante se le brindó una asesoría completa y comprensible al momento de realizar su afiliación, la que se hizo conforme a la normativa de la época y a las exigencias existentes, capacitándose a los respectivos asesores de la mejor manera para que pudieran brindar una asesoría clara, completa, integral, pero sobre todo profesional con relación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Además, relató que dentro de la información que se le ofrece a los afiliados, se indican temas tales como la posibilidad que tienen de optar por una pensión a una edad anticipada, siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, la figura de la garantía de pensión mínima de vejez a la que tienen derecho en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la pensión de vejez. Igualmente, se les da a conocer la posibilidad de obtener unos excedentes de libre disponibilidad, el factor herencia del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios, entre otras ventajas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. refirió en su contestación que el traslado realizado por la demandante ante sus dependencias, se llevó a cabo conforme al deber de información exigido para la época, se le realizó la correspondiente asesoría que le permitió comprender los efectos del acto jurídico celebrado, adicional al hecho que su traslado entre administradoras fue de manera libre y voluntaria como consta en el formulario de afiliación.

Sostuvo que se cumplió con el deber de información según los mandatos legales vigentes para la época, bajo la estricta vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, precisando que con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios.

Propuso las excepciones 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de mayo de 2022 declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual el 29 de junio de 1999 realizado a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declaró como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, condenó a PORVENIR S.A. devolver la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante como aportes pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, concediéndole para tal efecto el término de un mes y, al momento de cumplirse dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Asimismo, condenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la demandante por motivos de gastos y comisión de administración, aportes de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

Condenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó que de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de PROTECCIÓN S.A. demostrar que al momento del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le brindó una debida información sobre las características entre los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de cada uno, carga probatoria que dentro del presente asunto no se cumple por la AFP encartada, dejando de presente además que la suscripción del formulario de afiliación no puede entenderse como una asesoría ajustada a derecho para el traslado.



También argumentó que las reasesorías en los términos de la jurisprudencial, no tienen vocación de convalidar el traslado de régimen pensional, disponiendo en consecuencia la ineficacia del traslado, dejando de presente además que el hecho que la actora hubiese tenido traslados horizontales dentro del régimen privado, tal aspecto no convalida el deber de información, conforme lo ha adocinado la jurisprudencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló, argumentando que resulta improcedente la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje de garantía mínima frente al periodo respecto del cual la demandante estuvo vinculada, como quiera que en primera instancia se desconoció la naturaleza misma que como entidad pensional cumplía al momento del traslado de régimen de la actora.

Lo anterior, por cuanto quien realizó el traslado de régimen pensional no fue PROTECCIÓN S.A. sino COLMENA, la cual era una AFP independiente, por lo que la naturaleza misma de la administración de los aportes pensionales y del acto jurídico de traslado, tiene un criterio de responsabilidad distinto si se analiza desde el aspecto civil, de ahí que se configura una responsabilidad objetiva, la cual no se ajusta a derecho.

Que los gastos de administración se efectúan por los fondos de pensiones que hacen parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en tanto el ordenamiento jurídico lo autoriza, máxime si en cuanto a las gestiones realizadas existieron pagos de seguros de previsión de sobrevivencia e invalidez, así como que se configuró inversión destinada al Fondo de Solidaridad en el cual si la demandante no alcanzaba un capital acumulado mínimo, podía ser beneficiaria de una pensión de garantía mínima, es decir, que se dejan de lado y desconocen actos jurídicos accesorios frente a la naturaleza misma del acto de traslado de régimen pensional, lo que a su vez implica la improcedencia de la condena en costas determinada por la *a-quo*.

PORVENIR S.A. adujo en su alzada que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional en el año de 1999, precisando que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como entidad pensional cumplió con los deberes legales que le asistían para la fecha del traslado horizontal que realizó la actora ante sus dependencias para el año 2003.

Que la decisión adoptada por la accionante se llevó de manera consciente y espontánea, no fue objeto de coacción alguna, así como que la suscripción del formulario de afiliación da cuenta de la voluntad de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual cumplía con las formalidades y requisitos de ley, máxime que fue aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; de otra parte, que la actora ha recibido los extractos de su cuenta de ahorro individual, poniéndosele de presente la información respecto de sus condiciones pensionales, y tan solo hasta la expedición del Decreto 3555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones tienen como responsabilidad la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, sin que deba soslayarse que la demandante realizó traslados horizontales entre AFP privadas.

Indicó que los rendimientos financieros al ser privativos del Régimen de Ahorro Individual ponen a la demandante en una condición diferente a la que se encontraba cuando permanecía en el Régimen de Prima Media, por lo que es clara la contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

En lo que respecta a la devolución de rendimientos y gastos de administración, que no resulta coherente que se declare la ineficacia del traslado en unos sentidos y en otros no, reiterando que la consecuencia de la aplicación de dicha figura tal como lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, por lo que los frutos dados en la administración de los recursos de la demandante tampoco se generaron, advirtiendo que dichos rendimientos financieros al ser privativos del Régimen de Ahorro Individual ubican a la actora en una condición diferente.

COLPENSIONES refirió que de conformidad con la carga de la prueba al tenor del artículo 167 del C.G.P., le corresponde a la demandante demostrar los vicios del consentimiento, aspecto que no se logró probar en el caso de marras, al igual que de llegarse a condenársele en costas en segunda instancia, se presentaría un detrimento patrimonial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso sea portaron los formularios de afiliación que suscribiera la aquí demandante ante la AFP COLMENA hoy en día PROTECCIÓN S.A. el 29 de junio de 1999, así como los suscritos en la AFP SANTANDER hoy PORVENIR S.A. el 2 de julio de 2003 y el 10 de octubre de 2005 respectivamente (Fls. 44, 66 y – PDF DEMANDA Y ANEXOS – PDF CONTESTACIONES DE DEMANDA DE PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.), en los que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que la asesoría recibida por los asesores de su entonces de la AFP COLMENA hoy en día PROTECCIÓN S.A., fue de manera grupal y no individualizada, y consistió básicamente en que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, por lo que los aportes pensionales se perderían, de ahí que fuese más benéfico trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, máxime que el incumplimiento de dicha obligación si recae sobre PROTECCIÓN S.A., al haber reemplazado a la AFP COLMENA.

De igual manera, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de verificar traslados al interior del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, no implica convalidar la falta al deber de información para el momento del traslado. En efecto, en sentencia SL1779-2022, Radicación No. 89302, del 24 de mayo de 2022, se consignó:

“De otro lado es preciso destacar que el hecho de haberse producido un traslado entre AFP del RAIS, de Protección S. A. a Porvenir S. A. y viceversa, no permite concluir que se cumpliera con el deber de asesoría, pues de acuerdo con los formularios de afiliación suscritos, estos solo contienen los datos e información general que la asegurada suministró. Por consiguiente, tal actuación no tuvo la virtualidad de ratificar ni el deseo de permanecer en ese régimen ni puede mucho menos representar el cumplimiento del deber de dar información suficiente, veraz y oportuna”.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, como lo indicó la falladora de instancia.

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad con la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es clara para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Así las cosas, se confirmará la en su integridad la decisión de primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PROVERNIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 21 2021 00242 01
Demandante: PATRICIA DE LOS ANGELES PAVA PARDO
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía 1.129.580.577 y T.P. 219.992 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

También se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A., a la abogada JESSICA FERNANDA GIRÓN SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.635.136 y T.P. 368.140 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora PATRICIA DE LOS ANGELES PAVA PARDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia y nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante esta última administradora y por tanto que se le considere afiliada al RPM sin solución de continuidad.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por concepto de aportes, bonos pensionales, rendimientos, valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima y demás conceptos sin que fuese posible realizar descuentos por gastos de administración. Actualizar su historia laboral con lo cotizado en el RAIS y lo demás que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 03 de febrero de 1964, contando para el 3 de febrero de 2021 con 57 años de edad, que realizó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde el 12 de diciembre de 1981 trasladándose de régimen en el año 1994 por medio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Con relación a su traslado indicó que los asesores de HORIZONTE en su momento omitieron informar sobre los riesgos y beneficios que tendría un traslado de régimen pensional de acuerdo a su caso en concreto, pues teniendo en cuenta que tiene un promedio laboral más allá de uno o dos salarios mínimos la forma en la que se liquidan las pensiones en el RAIS la afectaba de manera significativa, convirtiéndose en la afirmación de los promotores de la AFP que su pensión sería mayor en la que ostentaría en el RPM en un engaño viciando su consentimiento también por la falta de información brindada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oponiéndose a cada una de las pretensiones formuladas en su contra argumentando que la afiliación realizada por la demandante es completamente válida y estuvo precedida de la información necesaria y pertinente para que se generara una decisión informada a la luz del artículo 67 del decreto 663 de 1993, además que dicho acto jurídico estaba acorde a lo dispuesto por el artículo 30 de la misma norma.

Asimismo, refirió que no era procedente la devolución de gastos de administración pues se estaría incurriendo en un pago de lo no debido y enriquecimiento sin causa, ya que tales conceptos son generados por la mera administración de la cuenta de ahorro individual generando rendimientos.

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

COLPENSIONES de la misma manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones manifestando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida y no se aportó prueba de que hubiese sido producto de un vicio del consentimiento o existiese alguno en el acto de traslado, que en el caso en concreto la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y que no le es posible trasladarse estando en la prohibición legal para ello.

Propuso la excepción previa de falta de competencia (reclamación administrativa), y las de mérito errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por intermedio de PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró válida la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES.

Por consiguiente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos que se hubiesen generado por estos, los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, además de los gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora y con destino a COLPENSIONES debidamente indexados desde la fecha de nacimiento del acto ineficaz y con cargo a sus propios recursos sin deducción alguna por gastos de traslado.

En la misma línea condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. De otro lado, condenó en costas a PORVENIR S.A. en cuantía de \$1'700.000 por concepto de agencias en derecho.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que el caso que convoca debe abarcarse bajo la figura de la ineficacia y no en el de las nulidades sustanciales, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues esta corporación ha dictado que la ineficacia es la respuesta frente a la eventual falta de información en la que incurren las AFP.

Seguidamente, destacó que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literales b y e establecen que la afiliación a un régimen pensional será válida siempre y cuando esta sea libre y voluntaria, siendo este último aspecto con la particularidad de que se conozcan las consecuencias de la decisión del traslado y que aquellas no se encuentran conocidas por la simple expresión genérica de los formatos de afiliación, todo esto sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como la evolución del deber de información y el deber de acatarlo por la AFP desde su creación teniendo como norma rectora el artículo 67 del decreto 663 de 1993.

Por ello, puntualizó en que la información brindada por PORVENIR S.A. en su momento cuando se hizo el traslado de régimen consistente en que podría tener una mejor pensión y pensionarse de manera anticipada era irresponsable e



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

incompleta, puesto que no se le explicó a la actora la dinámica económica que se maneja en el RAIS para el efecto. Asimismo expresó que la firma del formulario y las expresiones de aceptación de vinculación libre y voluntaria en el mismo no acreditan que se hubiese cumplido con el deber de información, sino a lo sumo que fue una decisión libre y sin presiones, más no informada.

Mencionó que la carga de la prueba referente a demostrar que se cumplió el deber de información está jurisprudencialmente en cabeza de las AFP, pues la Corte ha adoctrinado que imponer esta carga en el demandante es un despropósito, ya que al expresarse por este un presupuesto negativo indefinido el deber de probar que si se cumplió con lo preceptuado lo ostenta la parte demandada, en este caso las AFP, más aun cuando el artículo 1604 del C. Civil estipula que la prueba del deber de diligencia corresponde a quien ha debido emplearlo, siendo las AFP las conocedoras ampliamente del producto que ofrecen en quienes recae tal obligación.

Por todo lo anterior, la juez de instancia determinó que este deber no había sido cumplido por PORVENIR S.A., dado que de las pruebas aportadas y practicadas no lo muestran así, pues bien si la demandante pudo dar ciertas características del RAIS, no conocía la mayoría de estas por lo que no se obtuvo una confesión de esta parte de haber recibido la información debida, aunado a ello las documentales aportadas tampoco tenían la fuerza de convalidar la afiliación o la información brindada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Sostuvo que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la misma corporación ha indicado que se deben analizar los casos de manera particular, y en el caso en concreto considera que no se le dio el valor probatorio que merecía la confesión de la demandante en su interrogatorio de parte de conocer las características del RAIS, así como que el formulario de afiliación y los argumentos de la defensa, pues de haber sido valorado de manera correcta se podría determinar que la AFP cumplió con el deber de información que le asistía sin imponer cargas adicionales como el explicar el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Conjuntamente, expresó que la documental allegada en el mes de noviembre de 2010 invitando a la demandante a una re asesoría es muestra de la buena fe de la demandada, ya que se le informaba a la dirección que había plasmado en el formulario de afiliación tal comunicación y que no haberla recibido porque había cambiado de residencia es prueba del quebrantamiento de los deberes que como consumidora tenía la actora según el decreto 2241 de 2010.

Por otra parte, en lo que respecta a la condena de devolución conjunta de rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y lo destinado para la garantía de pensión mínima no comparte la misma bajo el entendido que no resulta coherente que se declare la ineficacia y pese a ello permanezcan los rendimientos, en clara contravención de lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Asimismo, frente al traslado de las sumas por gastos de administración, dichos montos tiene previsto por mandato legal una destinación específica, que en este caso cumplieron plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley, y no se encuentran en se poder, como quiera que fueron destinadas a la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual de la actora, aspecto que por demás se encuentra respaldado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

COLPENSIONES por su parte argumentó en la azada que la demandante se encuentra en la prohibición legal para trasladarse de régimen, toda vez que cuenta con 57 años de edad, por lo que debió solicitar a su fondo de pensiones el traslado a más tardar en el año de 1998 y esto solamente fue en el año de 2021. De la misma manera, que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-130 de 2013, en el entendido que no acreditaba para el 1 de abril de 1994 como mínimo un total de 750 semanas cotizadas por lo que no tenía una expectativa de pensionarse con el régimen de transición, por ello la afiliación libre y voluntaria de la demandante es válida, incluso porque estuvo cotizando más de 10 años en el RAIS.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora del 25 de mayo de 1994 con PORVENIR S.A. (Fls. 28 – archivo digital 11.ContestacionDemandaPorvenir PDF), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, del interrogatorio de parte de la accionante se puede extraer que se afilió a PORVENIR S.A. cuando se desvinculó de la Rama Judicial y donde estaba trabajando le ofrecieron ese fondo como una buena opción, ya que podría pensionarse anticipadamente, tener una mejor mesada de la que tendría en COLPENSIONES, podría ahorrar y tenía la opción de que le devolvieran lo que había invertido, además de que COLPENSIONES se acabaría y los fondos eran lo mejor para efectos pensionales.

No obstante lo anterior, no se colige que haya sido debidamente informada en el momento del traslado, pues si bien hizo referencia a algunas características del RAIS antes descritas y puso de presente de manera expresa que su afiliación fue libre y voluntaria, esto no se puede tomar como una confesión de haber sido correctamente informada, dado que manifestó no recibir información alguna sobre las condiciones para pensionarse en uno u en otro régimen, como el capital

que necesitaría para pensionarse en el RAIS, asimismo no era de su conocimiento la existencia de la garantía de pensión mínima, de que dependía la rentabilidad del fondo privado y que incidencia tenían sus beneficiarios.

Es menester precisar que, uno de los motivos de la alzada de PORVENIR S.A. es que remitió a la actora una comunicación de data del 12 de noviembre de 2010 para que se acercara a recibir una asesoría adicional por una campaña de la empresa denominada “plan de asesoría 11 años” (Fl. 29) a la dirección que había quedado consignada en el formulario de afiliación, por ello la demandante al no haber actualizado sus datos de contacto no fue posible que acudiera a tal asesoría incumpliendo sus deberes como consumidora. No obstante, dicha situación se dio 16 años después de que se presentó el traslado de régimen pensional, momento en el cual se debía cumplir con la debida asesoría, la cual se determinó que no ocurrió.

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

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, motivo de la alzada de PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Del mismo modo, en relación a la devolución de las demás sumas ordenadas por la *a-quo*, tópico también apelado por PORVENIR S.A., se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude a la demandada COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 21 2021 00293 01
Demandante: SANDRA JAQUELINE DELGADO ORTÍZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA JAQUELINE DELGADO ORTÍZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 2003.

Por consiguiente, se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, expensas de administración y bonos pensionales, así como que se le ordene a COLPENSIONES



recibirlo sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 15 de julio de 1972, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el 1º de agosto de 2003.

Que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCIÓN S.A., de ahí que dicha información se haya caracterizado por la nula información del fondo respecto al monto y la forma como se liquidaría la mesada pensional.

Sostuvo que realizó un total de aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de 128.57 semanas, y desde su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. cotizó un total de 912.86 semanas.

Por último, argumenta que PROTECCIÓN S.A. no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir su derecho pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas por la demandante, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la presunta falta del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A., o que el asunto de marras se encuentre en presencia de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo.

Que igualmente, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una



inconformidad por parte de la demandante; por el contrario, lo que se aprecia es que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se produjo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, máxime si no se cumplen con los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los denominados errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. expuso en su contestación que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues como se denota del formulario de afiliación suscrito por la actora, se suscribió en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada.

Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de manera libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en labor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 2003 por intermedio de PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora SANDRA JAQUELINE DELGADO ORTÍZ. Para ello concedió el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así como ordenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de PROTECCIÓN S.A. demostrar que al momento del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se brindó una debida información sobre las características entre los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de cada uno, carga probatoria que dentro del presente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asunto no se cumple por la AFP encartada, dejando de presente además, que la suscripción del formulario de afiliación no puede entenderse como una asesoría ajustada a derecho para el traslado.

También argumentó que las reasesorías en los términos de la jurisprudencial, no tienen vocación de convalidar el traslado de régimen pensional, disponiendo en consecuencia la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo atinente a la devolución de gastos de administración y del seguro previsional de la cuenta de ahorro individual como quiera que, debe tenerse en cuenta que la deducción por estos conceptos se realiza en cumplimiento de disposiciones legales válidas y vigentes contenidas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el que se aplica tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime que como administradora pensional, ha brindado todo el conocimiento técnico y la experticia, con la finalidad que la cuenta de ahorro individual presente rendimientos significativos.

Que se puede apreciar en el estado de cuenta de aportes y rendimientos de la demandante, que se han generado unos rendimientos significativos en favor de la actora y en tal sentido, no puede entenderse ningún detrimento, por lo que debe se le debe conservar lo descontado por la administración de esa cuenta de ahorro individual.

Adujo igualmente que, atendiendo los efectos de la ineficacia declarada la AFP debería conservar los gastos de administración, teniendo en cuenta que no es posible devolver dicho rubro a una entidad que no ha administrado la cuenta de ahorro individual, implicando la decisión un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

COLPENSIONES por su parte argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición en tanto para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no contaba ni con la edad ni con el tiempo de servicios requerido, según los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

apremios de la sentencia SU-069 de 2010, de ahí que la actora haya realizado su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, la entidad solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia, en el sentido que sea devuelto en su totalidad el contenido de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, y los demás a los que hubiese lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliada la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como que se le condene en costas por cuanto no participó en el acto de traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 1º de agosto de 2003 con PROTECCIÓN S.A. (Fl. 20 – PDF 06 – CONTESTACIÓN DE DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), el que si bien señala que la decisión fue libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que cuando se trasladó lo que se le informó que cambiarse de régimen pensional tendría las mismas implicaciones que permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, adicional al hecho que en ese momento se le advirtió que el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se extinguiría.

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

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



		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2003, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, en tanto la accionada no acreditó el cumplimiento del deber de información.

De otra parte, si bien obra una reasesoría para el año 2017 que le suministrara PROTECCIÓN S.A. a la demandante (Fls. 51 a 54 – PDF 06 – CONTESTACIÓN DE DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1920-2022, Radicación No. 88326 del 1º de junio de 2022, señaló:

“Sin embargo, contrario a lo considerado en segunda instancia, esta prueba no puede dar cuenta de la voluntad libre e informada para decidir sobre su afiliación al RAIS, ya que el cumplimiento de la obligación de información y asesoría a cargo de la AFP debe verificarse al momento mismo de la vinculación del afiliado a la AFP, en este caso, en el año 1995, no después. Así se explicó en decisión CSJ SL1688-2019 reiterada por esta Sala en CSJ SL1286-2022:

“[...] la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Siendo ello así, no es posible considerar que la asesoría brindada por Porvenir S. A. en el año 2011 a la que aludió el colegiado y se observa en los documentos referidos, acredite el consentimiento informado que debía existir en el instante en que el afiliado decidió trasladarse (1995), ni mucho menos puede convalidar o subsanar la omisión o incumplimiento del deber de asesoría a cargo de las AFP, pues el hecho demostrado corresponde a una actuación posterior a la adopción de la decisión de cambio de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, debe señalarse respecto de los gastos de administración y atendiendo el recurso de apelación elevado por COLPENSIONES, que su devolución debe realizarse de manera indexada, al señalar la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5543-2021, Radicación No. 86545 del 9 de diciembre de 2021:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Aspecto que si bien fue objeto de alzada por COLPENSIONES, lo cierto es que el *a-quo* si dispuso la indexación de dichos emolumentos.

En lo atinente a la vulneración del principio de sostenibilidad, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual también se predica de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, respecto de la alzada de COLPENSIONES, se debe señalar que el artículo 365 del C.G.P. establece de manera objetiva que se condenará en costas a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la parte vencida en el proceso, motivo por el cual no es dable absolverla de este concepto.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2019 00596 01
Demandante: ELIZABETH ORTEGA PÉREZ
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en la sentencia proferida el 3 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELIZABETH ORTEGA PÉREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin que se declare la nulidad de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en su caso administrado por COLFONDOS S.A., por lo que este último debe ordenar nuevamente su traslado con destino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, así como que debe desembolsar de manera íntegra los cobros y gastos de administración descontados de sus aportes pensionales, al igual que COLPENSIONES autorice su traslado con todas las contingencias, teniéndola como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

Por consiguiente, se condene a COLFONDOS S.A. a aceptar la nulidad de su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenando su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y remitiendo con destino a COLPENSIONES el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual y el reembolso de forma integral de los gastos de administración descontados de sus aportes pensionales.

Igualmente, se condene a COLPENSIONES aceptar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir el traslado de todos sus aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.

Asimismo, se condene a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar la suma de 50 S.M.L.M.V. en los términos contenidos en los artículos 13, literal b) y el 271 de la Ley 100 de 1993, con ocasión a la conducta atentatoria frente a su derecho pensional, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios como empleada de HENKEL COLOMBIA S.A. y otros empleadores, efectuando inicialmente sus aportes pensionales al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta el 17 de julio de 1997, calenda en que suscribió formulario de afiliación y cambio de régimen pensional a través de COLFONDOS S.A.

Que COLFONDOS S.A. contrató asesores comerciales para la aceptación de trabajadores, quienes no gozaban de un amplio e idóneo conocimiento en temas de seguridad social, de allí que la indujeran de manera equívoca a vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que el asesor de la época le indicó que con el traslado de régimen pensional no perdería los beneficios pensionales obtenidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se le indujo de manera inapropiada a la vinculación en el referido régimen privado, sin que existiera manifestación por escrito que demostrara su voluntad de trasladarse de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que nunca le informaron los eventuales riesgos que podría tener con ocasión del traslado, pues en ningún momento se le suministró una información idónea para asumir una determinación objetiva, consciente, veraz y objetivamente verificable que corroborara las promesas con las cuales se le indujo al traslado.

Que se le efectuó una simulación o comparación del valor de la pensional que podría obtener en ambos regímenes pensionales, y además que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos endilgados por COLFONDOS S.A. Finalmente, mencionó que elevó petición ante las encartadas solicitando el traslado de régimen pensional, la cual se negó.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que el traslado de la demandante se encuentra ajustado a los preceptos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que ejerció su derecho a la libre escogencia al régimen pensional, al igual que no se demostró ningún vicio en el consentimiento como error, fuerza o dolo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

COLFONDOS S.A. por su parte sostuvo en su contestación que a la demandante para el momento del traslado se le brindó toda la asesoría especializada e idónea por parte del promotor comercial de entonces, quien le informó acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba el régimen administrado por los fondos privados, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas, así como las características y diferencias propias de cada régimen pensional, con el fin de determinar la conveniencia de permanecer en uno u otro régimen conforme a sus expectativas pensionales.

Que igualmente la asesoría a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un S.M.L.M.V., tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y, en el evento de no cumplir con el capital requerido podía acceder a la figura de la garantía de la pensión mínima, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la misma disposición normativa.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, e inexistencia de perjuicios.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de mayo de 2022 declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Solidaridad, por lo que condenó a COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la actora, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

Asimismo, condenó a COLPENSIONES aceptar dicho traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora, absolviendo a su vez a COLFONDOS S.A. con ocasión de los perjuicios perseguidos.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó que el asunto debe estudiarse a la luz de la ineficacia de la afiliación de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Además, argumentó que conforme al criterio adocetrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la AFP demostrar el deber de información que suministrara a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, en especial las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, carga probatoria que no logró probar COLFONDOS S.A., pues el simple formulario de afiliación no puede entender como una información ajustada a derecho.

En lo que atañe a la pretensión elevada por la parte demandante referente a condenar en perjuicio a COLFONDOS S.A., la *a-quo* manifestó la improsperidad de esta súplica, como quiera que los mismos no se acreditaron dentro del proceso.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Precisa la Sala que el proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto las pretensiones decididas en primera instancia fueron adversas a sus intereses, situación que se encuentra reglada en el artículo 65 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará

sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora 17 de julio de 1996 con COLFONDOS S.A. (Fl. 30 - - PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: “desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que los asesores de COLFONDOS S.A. se acercaron a las oficinas de su empleadora y lo

único que le manifestaron fue que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se extinguiría, por lo que le sería más conveniente que sus aportes pensionales estuviesen en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que en ningún momento haya advertido situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas de cada uno.

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

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



		emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **SIN COSTAS** en esta por cuanto el presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por cuanto el asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2020 00135 01
Demandante: MIREYA OROZCO ACOSTA
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

También se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada NEDY JOHANA DALOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373.640 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MIREYA OROZCO ACOSTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. para el año de 1994, así como la realizada por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de enero de 2003, y la efectuada nuevamente a COLFONDOS S.A. en el mes de julio de 2014.

Por consiguiente, se le ordene a COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación, sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que se hayan efectuado, o se llegaren a efectuar en el curso del presente proceso, más la devolución de las sumas por concepto de gastos de administración debidamente indexados durante el periodo en que permaneció afiliado en esa administradora.

Que se condene a COLPENSIONES a recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con la totalidad de los ahorros que COLFONDOS S.A. traslade, y se le condene actualizar su historia laboral una vez efectuado su retorno, con el fin de garantizar su derecho pensional.

Asimismo, se le condene a COLFONDOS S.A. a pagar la diferencia que se presente entre las mesadas que le fueren pagadas en caso de que obtenga su pensión de vejez ante dicha administradora en el transcurso del trámite procesal, y las que le hubiesen correspondido en caso de obtener su pensión encontrándose afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, que se condene al pago de costas procesales y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones indicó que efectuó aportes pensionales al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 19 de abril de 1989 hasta el mes de agosto de 1994, solicitando con posterioridad afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la demandada COLFONDOS S.A.

Que previo a la suscripción de la afiliación, COLFONDOS S.A. le informó que en dicho fondo se podría pensionar a una edad inferior y con un monto más alto al que le llegase a corresponder en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aunado a que se le informó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría.

Adujo que COLFONDOS S.A. jamás le informó las características de ambos regímenes pensionales, las condiciones específicas para obtener la pensión de vejez en cada uno de los mismos, los riesgos que implicaba su afiliación y la permanencia en el régimen privado; que su mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad dependería del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual, de su expectativa de vida y la de sus posibles beneficiarios, de la rentabilidad del fondo, así como de su edad al momento de la solicitud de la prestación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda argumentando que la afiliación de traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene plena validez, y la afirmación de la existencia de vicios del consentimiento acaecidos en el proceso de traslado, deben ser acreditados en el transcurso del trámite procesal.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

En proveídos de fechas 20 de agosto de 2021 y 24 de febrero de 2022 respectivamente, el Juzgado *a-quo* tuvo por no contestadas las demandas de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., al aducir que las mismas se habían allegado de manera extemporánea (Fls. 192 y 326 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que condenó a COLFONDOS S.A. transferir con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la actora, junto con los rendimientos financieros causados, sin que hubiese lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

Igualmente, condenó a PORVENIR S.A. a transferir con destino a COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la actora por gastos de administración, condenando a su vez a COLPENSIONES para que acepte dicho traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

Finalmente, condenó a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. por concepto de costas procesales en la suma de \$1.000.000, condena que debe cancelar cada encartada en un 50%.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó que, el asunto debe estudiarse a la luz de la ineficacia de la afiliación de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Además argumentó que conforme al criterio adocarinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la AFP demostrar el deber de información que suministrara a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, en especial las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, carga probatoria que no logró probar COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que si bien existe precedente jurisprudencial emanado por la Sala de Casación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también la Alta Corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea sobre todos los asuntos de ineficacia del traslado, en tanto debe existir una similitud en los supuestos fácticos, situación que no se configura dentro del presente asunto toda vez que la demandante realizó un traslado horizontal de manera voluntaria, informada y sin presiones bajo los apremios de la normatividad vigente para el año 2003.

Que con independencia de la información otorgada a la demandante al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ya se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora pudo validar en cualquier tiempo el contenido de la información otorgada, máxime si se suscribió el formulario de afiliación que cumplía con los requisitos de ley.

De otra parte, argumentó que en lo que respecta a las sumas correspondientes por gastos de administración, dichos rubros tienen por mandato legal una destinación específica que dentro del presente asunto se cumplió mientras que la actora mantuvo su vinculación ante sus dependencias, de tal suerte que esos rubros no se encuentran en su peculio. Frente a las agencias en derecho en su contra, expuso que se deben desestimar.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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



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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso sea portaron los formularios de afiliación que suscribiera la aquí demandante ante la COLFONDOS S.A. el 22 de agosto de 1994, luego en HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 30 de enero de 2003, y posteriormente nuevamente a COLFONDOS S.A. el 23 de julio de 2014 (Fls. 48, 56, 156, 250 y 256 – PDF 01 –



EXPEDIENTE DIGITAL), en los que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que la asesoría recibida por los asesores de su entonces de COLFONDOS S.A. consistió en que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y por ende era más beneficioso mantener sus contingencias pensionales en Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en donde obtendría una mejor pensión, sin tener conocimiento alguno de lo que es un bono pensional; además nada se le refirió sobre la cuenta de ahorro individual que tendría en el régimen privado, que se generarían rendimientos, entre otros aspectos.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

De igual manera, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de verificar traslados al interior del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, no implica convalidar la falta al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

deber de información para el momento del traslado. En efecto, en sentencia SL1779-2022, Radicación No. 89302, del 24 de mayo de 2022, se consignó:

“De otro lado es preciso destacar que el hecho de haberse producido un traslado entre AFP del RAIS, de Protección S. A. a Porvenir S. A. y viceversa, no permite concluir que se cumpliera con el deber de asesoría, pues de acuerdo con los formularios de afiliación suscritos, estos solo contienen los datos e información general que la asegurada suministró. Por consiguiente, tal actuación no tuvo la virtualidad de ratificar ni el deseo de permanecer en ese régimen ni puede mucho menos representar el cumplimiento del deber de dar información suficiente, veraz y oportuna”.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los



valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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



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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad con la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es clara para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a que transfieran todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). Las citada AFP también deberán devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

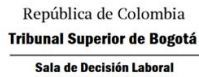
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para PROVERNIR S.A., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor JULIO ADAN ARDILA FLOREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCION S.A, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. el cual fue efectivo a partir del 1º de enero de 1999, e igualmente, se declare la ineficacia del traslado que realizó con posterioridad a PROTECCIÓN, por haber faltado al deber de información, de la misma forma, solicita se declare que ha estado afiliada y permanece vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se ordene la ineficacia de la afiliación que realizó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.; además, se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad en el régimen que administra, de la misma forma ordene a PROTECCIÓN devuelva a COLPENSIONES todos los aportes, junto con las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, costos de administración y los rendimientos causados.

Adicionalmente, solicita se ordene a COLPENSIONES reconozca y pague la pensión de vejez de acuerdo con lo normado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, con el IBL que le resulte más favorable, junto con el retroactivo correspondiente, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, con la indexación de las sumas adeudadas, se condene en costas y agencias en derecho a COLPENSIONES, y se emitan condenas por lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, señaló el gestor que nació el 14 de mayo de 1959, que se afilio al ISS hoy COLPENSIONES el 1º de agosto de 1979, a través del empleador FIDUCIARIA COLOMBIANA LTDA., en donde permaneció afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 31 de diciembre de 1998, alcanzado un total de 505.29 de semanas cotizadas.



Señaló que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones COLPATRIA S.A, que posteriormente pasó a ser HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., a partir del 1º enero de 1999, sin que le fuera suministrada la debida información de manera completa, clara, veraz y oportuna sobre las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que se obtendrían en el RAIS, los beneficios, riesgos, ventajas o inconvenientes del mismo y en general las implicaciones que le conllevaría el cambio de régimen, que no se le informó sobre la posibilidad de retracto. Tampoco el ISS adelantó ninguna gestión tendiente a brindar asesoría sobre su decisión de traslado de régimen pensional.

Expuso que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN, el 1º de abril de 2000, administradora que tampoco le informó de las características del régimen que administra, ni las características propias del mismo, como los requisitos para acceder a la pensión de vejez y como se liquida, el pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes el costo de la administración del régimen; y como influiría esto en su pensión, entre otros.

Señaló que a la fecha no está afiliado en ninguno de los dos regímenes, que cuenta con más de 1652.86 semanas, según reporte expedido por PROTECCIÓN, que en el RAIS se le proyectó una mesada de \$828.116 y en el RPMPD su mesada ascendería a \$1.842.314 con una tasa de reemplazo del 73%. Finalmente, adujo que elevó reclamación ante COLPENSIONES el 16 de agosto de 2019, solicitando la nulidad del traslado de régimen pensional, procediendo de la misma forma ante PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., pedimento que fue denegado por las encartadas.

Una vez radicada la demanda, fue designada por reparto al Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad, declarándose impedido el titular de ese estrado judicial para conocer del asunto, mediante proveído de treinta (30) de octubre de 2020 (Fls. 72 a 73 archivo 001). Impedimento que fue aceptado por el Juzgado Veintiséis Laboral Circuito de Bogotá, el cual avocó conocimiento del asunto a través de auto adiado el 18 de marzo de 2021 (Archivo 003).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que la afiliación que efectuó en 1999 el demandante a COLPATRIA se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales, tal como se observa en la solicitud de vinculación No. 0193061, más aún cuando le fue garantizado el derecho de retracto, y se encuentra en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Por su parte, la demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra en el libelo genitor, refiriendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, de lo cual da cuenta el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual señala que se realizó de manera libre y espontánea y tiene la naturaleza de un verdadero contrato, generando derechos y obligaciones tanto al fondo como al afiliado. Por lo que no puede prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado ya que el acto jurídico que celebró el actor y ese fondo cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de este.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Entre tanto, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que el traslado que realizó el demandante al fondo privado se presume efectuada en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional, por lo que es válido, razón por la cual la afirmación de vicio del consentimiento, falta de información y/o ineficacia del traslado alegado debe probarse en el trámite del proceso, pues es evidente que se realiza con el fin de obtener beneficios económicos; igualmente, el gestor se no puede trasladarse de régimen por estará a diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez de acuerdo al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, de cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante y condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin lugar a efectuar descuentos por concepto de administración.

Además, condenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante por gastos de administración y condenó a COLPENSIONES a aceptar dicho traslado y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; de la misma forma, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser liquidada una vez sean retornados los aportes por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., calculándose el IBL con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio o con toda la vida laboral, aplicando el que sea más favorable y contabilizando hasta la última semana de cotización, verificando previamente si hay lugar al pago del retroactivo pensional, declaró no probadas las excepciones propuestas,



absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a dicha conclusión, expuso la juez de instancia que en inicio en los procesos en los que se solicitaba la nulidad de traslado se analizaban de acuerdo a lo reglado en ellos artículos 1741, 1743 y 1750 del C.C., concluyendo que el acto jurídico del traslado aludía a una nulidad relativa al fundarse en un vicio del consentimiento, no obstante, tal razonamiento fue reevaluado por la SL de la CSJ sentencia SL12136 de 2014, Radicado 46292, en virtud de lo previsto en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100, concluyendo que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resultaba eficaz o no, bajo el entendido que la afiliación debe realizarse de manera libre y voluntaria, verificando que la administradora ponga en conocimiento del afiliado los riesgos que implica el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, es decir, que se debe demostrar que operó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consiente.

Señaló que el deber de información no existía en la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo que debe analizarse el momento histórico de la afiliación con el fin de verificar si se cumplió con el deber legal, en este caso de informar o ilustrar al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, según lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, carga probatorio que se encuentra en cabeza de los fondos demandados, quienes deben acreditar que efectivamente brindaron la información clara, suficiente y oportuna, sobre las características propias del Régimen de Ahorro Individual, pues no solo basta con firmar el formulario de afiliación, toda vez que se debe acreditar un consentimiento debidamente informado el cual no se acredita con dicha documentación.

Así, al advirtió que el demandante suscribió el formulario de afiliación en el fondo de pensiones PORVENIR S.A. del cual no se advierte que brindado la información necesaria sobre las características propias de los regímenes pensionales; lo cual igualmente se desprende del interrogatorio de parte rendido por el demandante y de las demás pruebas aportadas por lo que



declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante, toda vez como ya se dijo que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. no acreditó el deber de información a su cargo. Por otro lado, destacó que, si bien el demandante realizó traslados horizontales, esta circunstancia no acredita que efectivamente tuviera conocimiento de las características y las diferencias de los regímenes pensionales.

Así las cosas, al declarar ineficaz el traslado efectuado por el demandante, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a que remita los aportes realizados por este junto con sus rendimientos financieros causados y sin que hay lugar a descontar suma alguna por conceptos de gastos de administración, lo anterior teniendo en cuenta que la Corte ha sostenido que las cosas deben volver a su estado inicial y en este sentido dichos gastos de administración deben ingresar a COLPENSIONES, en este mismo sentido se ordenará al fondo de pensiones PORVENIR S.A. a que remita a COLPENSIONES lo descontado por gastos de administración durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

Sobre la pensión de vejez, dijo que el actor, no era beneficiario del régimen de transición, ya que nació el 14 de mayo de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con menos de 40 años y solo contaba con 745 semanas. Sin embargo, dijo que cumplía con los presupuestos establecidos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que en su artículo 33 señala que, en el caso de los hombres, se necesitan 62 años y haber cotizado 1.300, requisitos estos que el actor acreditó, pues nació el 14 de mayo de 1959 y cumplió los 62 años el día 14 de mayo de 2021 y de acuerdo con la Historia Laboral aportada por las demandadas, cuenta con un total de 2.127 semanas.

Por tanto, ordenó a COLPENSIONES que una vez PROTECCIÓN S.A. remita o transfiera las cotizaciones efectuadas por el gestor, le reconozca y pague la pensión de vejez conforme lo reglado en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Precizando que, para efectos de la liquidación de la mesada, COLPENSIONES deberá tener en cuenta hasta la última semana cotizada por el demandante calculando la base de liquidación con el promedio devengado en los 10 últimos años de servicio o el de toda su vida laboral, si este le fuera más favorable.



En cuanto a la condena por intereses moratorios, dijo que no procedían dado que solo hasta esa sentencia se declaró la ineficacia del traslado, empero, dijo que COLPENSIONES una vez verifique la última semana cotizada por el actor, es decir, que haya dejado de cotizar al Sistema de Seguridad Social proceda al correspondiente pago del retroactivo pensional a que hay lugar debidamente indexado desde el momento en que se hace exigible dicho retroactivo hasta el momento en que se efectuó el correspondiente pago.

Declaró no probada la excepción de prescripción, frente a la nulidad o ineficacia por tratarse de un tema ligado a la construcción de un beneficio pensional, y frente a las mesadas pensionales dijo que tampoco operó dado que el actor cumplió 62 años el 14 de mayo de 2021, por último, condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumento en su alzada que ese fondo cumplió con el deber información de acuerdo al alcance que se requería para la época, teniendo en cuenta que la jurisprudencia y leyes posteriores que se señalan como sustento de la sentencia no son aplicables a la época del traslado, por lo tanto, con el formulario afiliación y con el interrogatorio de parte está probado que la administradora de pensiones para el momento del traslado del actor cumplió con su deber de información.

Por otro lado, señaló que el demandante también tenía cargas como consumidor financiero y además se trasladó de manera horizontal, siendo clara su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más aún cuando el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señala las consecuencias cuando se atentan contra el derecho de afiliación, teniendo en cuenta además que el demandante lleva más de 20 años afiliado a ese régimen.

Adujo, que además no procede la condena por gastos de administración, pues de acuerdo con el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 del 1993, también en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, los que no forman parte



integral de la pensión de vejez y además están sujetos a prescripción, así, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda entonces la devolución ni de la prima del seguro previsional en consideración que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración, pues su devolución genera un enriquecimiento ilícito a favor de COLPENSIONES.

Luego, el artículo 113 literal b) de la Ley 100 del 1993 es claro en señalar cuales son los dineros a trasladar a razón del cambio de régimen, por lo que solicita la revocatoria del fallo de primer grado.

Por su parte, PORTECCIÓN S.A. en su alzada presentó inconformidad de manera parcial, argumentando que se debe llegar a una sentencia que resulte congruente con el efecto que se persigue, presentando para efecto dos panoramas.

El primero, frente a asumir que en efecto la afiliación del demandante es inexistente y en consecuencia, debería asumirse también esa inexistencia respecto de los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual y asimismo de las cotizaciones, ello en tanto se debe dar una aplicación uniforme a la figura jurídica que se ha traído a colación, esto es la inexistencia; entonces, resulta incongruente desde la lógica jurídica de la figura mencionada, que se considere inexistente la afiliación pero se sigan considerando existentes los rendimientos que se causaron en la cuenta de ahorro individual, y asimismo las cotizaciones pero no los descuentos efectuados por parte de este fondo sobre las cotizaciones realizadas por el demandante.

Luego, lo procedente sería trasladar las cotizaciones del actor de manera íntegra sin hacer descuento alguno por concepto de gastos de administración y de seguro previsional, conservándose por parte de esa administradora lo que se hubiese generado por concepto de rendimientos.

El segundo postulado es asumir que la filiación del demandante es inexistente, pero considerando que en COLPENSIONES se hubiese descontado lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondiente a gastos de administración y seguro previsional, y por ello sería procedente trasladar con destino a esa entidad lo correspondiente al capital junto con los rendimientos del actor, pero sin hacer ningún descuento por gastos de administración y seguro previsional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional, en caso positivo, se verificará si es procedente el reconocimiento de la prestación pensional de vejez que deprecia el actor.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo



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

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

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

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



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

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 8 de febrero de 1999 con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. (Fl. 87 – archivo 010), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte del accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informado; por el contrario, manifestó que fue abordado por un asesor comercial de la AFP COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., quien le ofreció la posibilidad de vincularse a esta AFP, y solo le comunicó algunas ventajas de ese régimen, y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, por lo que tomó la decisión de trasladarse, empero,



nada dijo el deponente sobre que se le haya informado sobre las desventajas del régimen.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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



Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

d. De la Pensión de Vejez:

Solicita el demandante se condene a COLPENSIONES a que le reconozca y pague la pensión de vejez en los términos dispuestos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003. Advirtiéndose al respecto, que el gestor no adquirió prerrogativas pensionales



antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba solo con 35 años y 745,42 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios (Fl. 20 archivo 001 y archivo 013 – Historia laboral Colpensiones).

Pues a si las cosas, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada, en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

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

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

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

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

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

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

(...)”

De esta forma, palmario resulta entonces que el demandante nació el 14 de mayo de 1959 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (Fl. 20 archivo 001), por lo que cumplió 62 años de edad el 14 de mayo de 2021, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que el actor cuenta con un total de 2.127 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita en la Historia Laboral expedida por PROTECCIÓN que militan en el plenario, fondo de pensiones en el que se encuentra afiliado en la actualidad (Fl. 55 a 75 archivo 011 Contestación Demanda Protección.pdf), generado el 21 de julio de 2021; situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación



pensional por vejez, que en el caso del promotor, por cumplir 62 años de edad en el año 2021 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

Ahora bien, pese a lo anterior se advierte que el demandante no cuenta con fecha de retiro, según se avizora de los citados reportes de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, y de las demás pruebas obrantes en el expediente, luego, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, máxime si se tiene en cuenta que en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., que se llevó a cabo el 10 de marzo del año que avanza, el actor manifestó que se encontraba empleado en RANDOM HOUSE S.A.S., lo que conlleva a que la prestación quede supeditada a que se cumpla con este requisito, igualmente, cabe precisar que el monto de la mesada pensional deberá determinarse con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable al afiliado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como lo señaló la Juez de instancia.

En cuanto al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe acotarse que los mismos resultan improcedentes, en tanto, no existe mora en el pago de mesadas, ya que a razón de la declaratoria de la ineficacia del traslado que se efectúa en el presente proceso, es que surge la responsabilidad de COLPENSIONES frente al reconocimiento de la pensión de vejez, tal como lo ha expuesto reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1407-2022, Radicación No. 84900 de 26 de abril de 2022, siendo procedente la indexación de las mesadas que se reconozcan desde su causación hasta el momento de su pago.

Por último, debe indicarse que a la fecha no ha operado el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas que se pudiesen haber causado, en atención a que la prestación está supeditada al retiro del sistema, tal como lo determinó la falladora de instancia. Consideraciones que compelen a esta Colegiatura a confirmar la decisión de primer grado frente al reconocimiento pensional aquí analizado.

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. – PROTECCIÓN, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberán proceder la demandada PORVENIR S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 28 2021 00006 01
Demandante: HERLEIN PUERTA TORRES
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

También se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A., al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.070.018.966 y T.P. 373.906 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HERLEIN PUERTA TORRES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad llevado a cabo el día 19 de julio de 1994.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladarlo con destino a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiese recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, recibéndolo sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 13 de abril de 1957, realizando cotizaciones al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 26 de mayo de 1989 hasta el 31 de octubre de 2006.

Que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante formulario de afiliación del 19 de julio de 1994, suscrito por intermedio de PORVENIR S.A., en el cual se consignó como nombre o razón social del empleador AUTO MAZDA DEL NORTE, sin embargo, en su contenido no aparece la firma de dicha sociedad, dejando de presente además que si bien se le había afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, su empleador continuó realizando cotizaciones para pensión con destino al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hasta el 31 de octubre de 2006.

Adujo que al momento del traslado la AFP PORVENIR S.A. no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos de la decisión, asentando que los asesores de este fondo pensional no se encontraban



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

capacitados para realizar una debida asesoría de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba.

Que no fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes del cumplimiento de los 52 años de edad, aunado a que, solicitó el cambio de régimen pensional a las encartadas, el cual fue denegado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra manifestando que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de sus dependencias es completamente válido, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la ineficacia del traslado.

Refiere que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a sus afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace solo a partir del inciso 4º del artículo 3º del referido Decreto 2071 de 2015.

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

COLPENSIONES igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el traslado del demandante se encuentra ajustado a los preceptos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el actor eligió libremente trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, trasladándose de AFP, lo que se presenta una ratificación tácita en los términos del artículo 1754 del Código Civil, pues aceptó las condiciones que hacen parte de dicho régimen pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente que el Decreto 2255 de 2010 dispone que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estar pendiente de su estatus pensional, máxime si se encuentra dentro del marco de la prohibición legal de no poder trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren diez años o menos para el cumplimiento de la edad pensional por vejez.

Propuso las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró válida la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES.

Por consiguiente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor y con destino a COLPENSIONES, condenando igualmente a esta última, activar la afiliación y actualizar la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que, el asunto de marras debe abarcarse bajo la figura de la ineficacia al tenor de lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, expuso que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica y reiterada en indicar que para el traslado de régimen pensional le corresponde a las AFP acreditar el suministro de una información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

detallada al afiliado sobre todos los pormenores y diferencias entre uno y otro régimen pensional, presupuesto que POPRVENIR S.A. no logró demostrar dentro del presente asunto, lo que constituyó una omisión a su deber de información, pues el simple formulario de afiliación no resulta ser un medio probatorio idóneo que demuestre lo pertinente.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumento en su alzada que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también la Alta Corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la ineficacia de la afiliación, ya que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se configura dentro del presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional.

Que tampoco existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional, ya que la decisión adoptada se llevó a cabo de manera consciente y espontánea al suscribir el formulario de solicitud de vinculación. el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria. Adicionalmente, manifestó que lo hacía libremente y sin presiones, más aún si como se ausculta del interrogatorio de parte rendido por el actor, se concluye que decidió afiliarse en forma libre al fondo privado.

Por otra parte, en lo que respecta a la condena de devolución conjunta de rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, no comparte la misma bajo el entendido que no resulta coherente que se declare la ineficacia y pese a ello permanezcan los rendimientos, en clara contravención de lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Asimismo, frente al traslado de las sumas por gastos de administración, dichos montos tiene previsto por mandato legal una destinación específica, que en este caso cumplieron plenamente su cometido en el periodo en el cual el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante ha mantenido su vinculación, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley, y no se encuentran en se poder, como quiera que fueron destinadas a la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual del actor, aspecto que por demás se encuentra respaldado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por último, adujo que debe desestimarse la condena al pago de costas procesales y agencias en derecho.

COLPENSIONES por su parte argumentó en la azada que de conformidad con las obligaciones legales del trabajador y con lo establecido en el Decreto 2241 de 2010, se presenta un silencio en el tiempo por parte del consumidor financiero, al no tener una adecuada atención de sus negocios jurídicos que además resultan ser ajenos a la entidad, toda vez que estos se desarrollaron con el fondo privado, por lo que no puede imputársele la carga prestacional del demandante, decisión que además genera una afectación en la estabilidad financiera en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Sostiene que al momento del traslado del demandante no le era exigible a PORVENIR S.A. realizar una asesoría como la exigida por el *a-quo*, aunado a ello que no le era exigible una documentación adicional al formulario de afiliación, el cual firmó el actor y ratificó como documento idóneo para entender como cumplido el deber de información.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 19 de julio de 1994 con PORVENIR S.A. (Fls. 71 – CUADERNO 05 PDF), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte del accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informado; por el contrario, manifestó que fue una persona de su lugar de trabajo quien le indicó que debía suscribir el formulario de afiliación, ello por cuanto el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se extinguiría, adicional a que, fue enfático en precisar que en ningún momento tuvo algún contacto con asesores de PORVENIR S.A. que le suministraran información.

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

Etapas 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber en el caso bajo estudio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

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

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la



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

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

De otra parte, no es dable exonerar del pago de costas procesales a la AFP accionada, en tanto resulto vencida en el proceso, de conformidad con lo regulado en el artículo 365 del C.G.P.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2020 00431 01
Demandante: MARCELA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora MARCELA SÁNCHEZ SÁNCHEZ promovió demanda ordinaria laboral a fin que se declare que fue indebidamente asesorada por COLFONDOS S.A. en el año 1995, sin que existiera una real explicación que comprendiera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo y monto de la mesada pensional que recibiera al momento de estructurar su derecho a la pensión de vejez.

Asimismo, se declare la ineficacia del traslado que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., por cuanto careció de una información veraz al momento de su afiliación, debido a la fraccionada e incompleta asesoría brindada, por lo que se debe ordenar su traslado a COLPENSIONES junto con todos sus aportes, rendimientos, frutos e intereses.

Por consiguiente, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar todos sus aportes, junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a COLPENSIONES, condenando a su vez a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aceptando y recibiendo todas las contingencias pensionales provenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de junio de 1964, encontrándose afiliada en pensiones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, trasladándose con posterioridad al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A. en el año de 1995.

Que dicho traslado obedeció al hecho que no fue asesorada por COLFONDOS S.A., pues tan solo le informó que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenía varias ventajas, y que la mesada pensional se mantendría



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el mismo valor que le otorgaría el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero sin que se le hubiese explicado en detalle como estaban diseñados ambos regímenes.

Indicó que la asesoría no contó con una ilustración en cuanto a la forma como se encontraba diseñado el sistema de ahorro individual, en tanto solo se le informó que trasladándose se podría pensional con el monto que quisiera, sin que se le hubiese manifestado acerca de las incidencias pensionales negativas que ese nuevo régimen le generaría, entre otras circunstancias de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. refirió que la información suministrada a la demandante al momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ante sus dependencias, fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad.

Que al momento al momento de la afiliación se informó que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y fuera solicitada ante la AFP, por lo que se puede entender que a la actora le fue suministrada una información sobre ambos regímenes pensionales, incluyendo comparaciones que le permitiesen entender las condiciones pensionales, al igual que las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES señaló que el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo sin ningún vicio del consentimiento tales como error, fuerza y dolo, máxime cuando se demuestra la plena voluntad y libertad de escogencia de la actora al momento de decidir trasladarse.

Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara la demandante por intermedio de COLFONDOS S.A. el 1º de febrero de 1995, por lo que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Ordenó a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir por parte de COLFONDOS S.A. todos los valores a razón de la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por concepto de cotizaciones que se hubieren causado, así como la actualización de la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la falladora de instancia que, conforme a criterio adocetrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la AFP demostrar el deber de información que suministrara a la demandante al momento del traslado de régimen pensional,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en especial las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, carga probatoria que no logró probar COLFONDOS S.A., pues el simple formulario de afiliación no puede entender como una información ajustada a derecho.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA Y RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. Sostuvo en su alzada encontrar inconformidad de primer grado, por cuanto la operadora de instancia no hubiese efectuado condena por conceptos de gastos de administración, como quiera que lo decidido se encuentra en contravía de lo estatuido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando indica que la consecuencia jurídica respecto al deber de información es la ineficacia, entendida esta última como aquella figura que retrotrae todo a su estado inicial y por consiguiente, no es posible fragmentar la exclusión de dichos rubros.

COLPENSIONES argumentó que no es procedente alegar con posterioridad a 25 años de cotizaciones, que la demandante hubiese sido engañada simplemente por el hecho de observar sus expectativas fallidas, por lo que la afiliación a COLFONDOS S.A. se ajustó a derecho y goza de plena validez, máxime que no está demostrado que se le hubiese hecho incurrir en error ante una presunta falta al deber de información ni mucho menos que se encuentre en presencia de algún vicio del consentimiento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 1º de febrero de 1995 con COLFONDOS S.A. (Fl. 29 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que los asesores de COLFONDOS S.A. le efectuaron una asesoría, pero de carácter grupal, sin que en ningún momento se le hubiese advertido situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas de cada uno.

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

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



Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, como lo indicó la falladora de instancia.

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para COLPENSIONES, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 30 2020 00189 01
Demandante: MARGARITA CAMARGO GOMEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.232.398.851 y T.P. 334.200 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

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

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARGARITA CAMARGO GOMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se le condene a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge JOSE IGNACIO SIERRA CARDENAS, a partir del 18 de junio de 2006 junto con las mesadas adicionales y los respectivos incrementos de ley, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de cada una de las mesadas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, pretende se condene a la encartada a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva en razón a las 916 semanas que cotizó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el cónyuge de la actora, señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o, en subsidio la indexación de las condenas que se emitan, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, adujo que contrajo matrimonio por el rito católico el 27 de octubre de 1958 con el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS, unión de la cual nacieron dos hijas que en la actualidad son mayores de edad, de la misma forma expuso que su cónyuge nació el 9 de abril de 1949, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 45 años y que cotizó 916 semanas en el régimen que administra la enjuiciada, a su vez precisó que el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS falleció el 18 de junio de 2006.

Seguidamente la demandante manifestó que cuenta con 62 años, que no ostenta una pensión de vejez y ocasionalmente trabaja por días como empleada doméstica, pues siempre dependió económicamente del causante; igualmente señaló que MARÍA ESPERANZA MALDONADO PICO y CLARA ISABEL FORERO MELO en declaración extrajuicio manifestaron sobre su convivencia con el causante de manera ininterrumpida hasta el deceso del cónyuge, y que ella también rindió declaración en el mismo sentido.

Refirió que el 17 de noviembre de 2006 reclamó ante la accionada la pensión de sobrevivientes, pedimento que fue denegado mediante Resolución 0020565 de 18 de mayo de 2007 con el argumento que el afiliado no acreditó 50 semanas de cotizaciones en los últimos tres años anteriores a su deceso; que ante tal decisión interpuso los recursos de ley los cuales fueron desatados por la entidad confirmado su decisión, finalmente relató que la entidad negó el pago de la indemnización sustitutiva, argumentando que operó el fenómeno prescriptivo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el causante no cotizó 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su deceso, ya que su última cotización data del 15 de agosto de 2002, luego, no cumple con los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, de modo que no dejó causado el derecho a las prestaciones de vejez o sobrevivientes.

En lo atinente a las pretensiones subsidiarias, sostuvo que mediante el acto administrativo No. 030709 de 10 de julio de 2009 negó el pago de la indemnización sustitutiva, dado que el interesado nunca realizó el trámite para el pago de esta, operando así la prescripción que establece el artículo 50 del Decreto 758 de 1990.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad total y/o parcial sobre mesadas pensionales y otros, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, la innominada o genérica y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de agosto de 2021 declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por estar el afiliado cobijado por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumplir con los requisitos establecidos por los artículos 20 y 6º del Acuerdo

049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; en consecuencia, condenó a la entidad demandada a reconocer dicha prestación, a partir del 18 de junio de 2006 en cuantía mensual inicial de \$499.807, junto con los reajustes de ley a razón de 14 mesadas anuales, precisando que el valor de la mesada para el año 2021 asciende al salario mínimo legal mensual vigente.

Condenó a la encartada a pagar a la actora por retroactivo pensional \$47'098.010, junto con intereses moratorios a partir del 15 de julio de 2015 y hasta que se verifique el pago de las mesadas, también la condenó al pago de costas procesales y declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas y los intereses causadas con anterioridad al 15 de julio de 2017.

Para arribar a esa conclusión indicó que, la norma a aplicar al caso es la vigente al momento del deceso del afiliado, siendo para el caso lo reglado en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, de modo que la cónyuge o compañera permanente debe acreditar un mínimo de 5 años de convivencia continuos con el causante antes de su fallecimiento y que tenga 30 o más años.

Expuso el fallador de instancia que, de las pruebas aportadas al plenario si bien se dijo que la actora se presentaba a la litis en calidad de cónyuge supérstite, no se probó tal calidad con el documento idóneo, por lo que el caso sería analizado teniendo en condición de compañera permanente. De la misma forma, señaló que el causante JOSÉ IGNACIO SIERRA nació el 9 de abril de 1949, situación que no fue desconocida por la demandada, y que la fecha de alumbramiento de la demandante fue el 23 de octubre de 1958, también relató que se allegaron registros civiles de nacimiento de las hijas de la pareja de nombre LIZ ANGÉLICA SIERRA CAMARGO y MARÉA FERNANDA SIERRA CAMARGO, quienes nacieron el 24 de octubre de 1993 y el 25 de febrero de 1989, respectivamente.

Manifestó que obra declaración extrajuicio, rendida por la demandante en la que señala que convivió con el causante desde el 23 de enero de 1988 hasta el 18 de junio de 2006, fecha del fallecimiento y que tuvieron dos hijas y no quedaron otras personas con mejor derecho para reclamar la pensión.

También se allegaron las declaraciones extrajuicio de MARÍA ESPERANZA MALDONADO PICO y CLARA ISABEL FORERO MELO quienes indicaron que les consta la convivencia de la actora y el causante en el lapso ya descrito, que tuvieron dos hijas y que la actora fue ama de casa y dependía económicamente del afiliado fallecido.

En aras de ratificar dichas declaraciones se recibió el testimonio de CLARA ISABEL FORERO MELO, precisando el juez de primer grado que evidenció que las respuestas de las preguntas que se formularían las tenía copiadas en un cuaderno, como la fecha de fallecimiento, la fecha de inicio de la relación y municipio de fallecimiento, es decir, que la mayoría de los datos los tenía consignados en un escrito por sugerencia de la actora, de modo que no tenía conocimiento de los hechos de manera directa, por lo que no tuvo en cuenta tal testimonio.

En cuanto a la testigo MARIA ESPERANZA MALDONADO PICO, dijo que la convivencia de la pareja fue superior a 5 años, sin embargo, le generó suspicacia las miradas que hacía la testigo a los lados intentando verificar la información que entregó, y que cuando se le preguntó por qué tenía tan presente la fecha del deceso dijo que fue por qué ocurrió un día del padre lo que no es un hecho razonable, por lo que no concedió ningún valor probatorio a ese testimonio. Sin embargo, destacó que el testimonio de ROSALBA ZABALA DE SANCHEZ dio cuenta del tiempo de convivencia del causante con la demandante desde 1988, así como la existencia de las dos hijas, lo cual está demostrado.

De otra parte, dijo que la calidad de compañera permanente de la demandante frente al afiliado fue aceptada por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en la Resolución No. 0020565 del 18 de mayo de 2007, cuando la entidad decidió negar la sustitución pensional, en tanto, el afiliado no acreditó 50 semanas de cotizaciones con anterioridad al deceso, empero, le reconoció la indemnización sustitutiva en su condición de compañera permanente y representante de las dos hijas menores de edad de la pareja, decisión confirmada en la Resolución No. 1697 del 5 de septiembre de 2007, en la que se tuvo en cuenta los tiempos cotizados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

y no los tiempos laborados al Ministerio de Hacienda, en donde alcanzo 3191 días y 2426 en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, señalando que en la Resolución No. 30709 del 10 de junio de 2009, se resolvió la petición de la entrega de la indemnización, solicitud fue negada ante la prescripción de la indemnización.

Así, expuso el *a-quo* que, si bien lo pertinente sería compulsar copias por la conducta de las testigos, lo cierto era que no lo consideraba necesario dado que la misma entidad reconoció la convivencia de la pareja hasta la fecha del deceso del afiliado, quedando así acreditada la calidad de compañera permanente de la actora respecto del causante y la convivencia por un lapso superior a 5 años.

Respecto de los requisitos que debía cumplir el afiliado, trajo a colación el numeral 2º y el párrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la modificación de la Ley 797 de 2003 norma que reseña los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, entre los cuales se indica que el causante debió efectuar 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores a su muerte, lo cual no se acreditó dado que el deceso se dio el 18 de junio de 2006 y la última cotización data del 15 de agosto de 2002.

De otra parte, adujo que encontró en el expediente administrativo certificación expedida por el Ministerio de Hacienda la cual hace constar que el causante laboró en el cargo de Guarda de Aduanas del 1º de octubre 1980 al 31 de octubre de 1991 y que según la historia laboral emitida por COLPENSIONES cotizó desde el 18 de abril de 1994 hasta el 31 de agosto de 2002 un total de 349,23 semanas, su última cotización fue el 15 de agosto de 2002 y falleció el 18 de junio de 2006, por tal razón no sería dable la pensión de sobrevivientes a la actora.

No obstante, precisó que al peticionarse que se estudiara el reconocimiento de la pensión bajo el principio de la condición más beneficiosa, el mismo no es aplicable al acreditarse que el causante era beneficiario del régimen de transición.

Así, indicó que el afiliado fallecido era beneficiario del régimen de transición, ya que al 1º de abril de 1994 contaba con 44 años, 11 meses y 21 días, es decir, contaba con más de 40 años, cumpliendo con uno de los requisitos que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993, de igual manera contaba con 570.14 semanas en el sector privado y en el sector público, sin que el hecho de haber cotizado en el sector público y posteriormente afiliarse el 18 de abril de 1994 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, impida la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, según lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL1981 de 2020, Radicación No. 84243 del 23 de julio de 2020.

Complementando lo anterior, expresó que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el causante contaba con 919,43 semanas pues efectuó cotizaciones hasta el 31 de agosto de 2002, con la posibilidad de alcanzar 500 o 1000 semanas al año 2014, derecho que se truncó con su muerte, reiterando que conservó el régimen de transición, el cual dejó causado según lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, concluyó que de acuerdo con lo preceptuado en el literal b) del artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, según remisión del artículo 25 de la misma obra, cumplió 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, por lo que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bajo tal normativa.

Con respecto de la fecha de causación del derecho pensional, la estableció en el 18 de junio de 2006, fecha de muerte del causante; asimismo indicó que aplicó una tasa de reemplazo del 69% del IBC de los últimos 10 años sobre 919.43 semanas de acuerdo a lo normado en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que arrojó un IBL de \$724.358, al que aplicó la tasa de reemplazo del 69%, determinando como primera mesada \$499.807, suma superior al salario mínimo de la época; sin embargo, adujo que luego de aplicar los incrementos de ley al año 2019 ese valor era inferior al SMMLV. De otra parte, refirió que la pensión se reconocía a razón de 14 mesadas anuales, ya que se causó la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011, obteniendo así por valor de

retroactivo la suma de \$47.098.010 del 15 de julio de 2017 al 31 de julio de 2021, al haber operado el fenómeno prescriptivo.

En el caso de los intereses moratorios, declaró que son dables, pues estos se causan por la tardanza del pago de la prestación según el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y lo adoctrinado por el órgano de cierre de esta especialidad. No obstante, al analizar la excepción de prescripción estimó que si bien la demandante efectuó la reclamación de la pensión 17 de noviembre de 2006, según la Resolución No. 0020565 del 18 de mayo de 2007, la demanda fue impetrada el 15 de julio de 2020, luego, los intereses moratorios deben reconocerse desde el 15 de julio de 2017 hasta que se verifique el pago de las mesadas, misma conclusión a la que arribó frente al pago de mesadas, por lo que aludió que eran procedentes desde el 15 de julio de 2017, declarando probada parcialmente dicha excepción.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, dado que los actos administrativos expedidos se encontraron ajustados a derecho; además según las sentencias T-587 de 2002, C-601 de 2000 y SL11897-2016 se establece que ante la negativa de las entidades de reconocimiento del derecho mediante actos administrativos no hay lugar a emitir condena por intereses moratorios, pues la conducta del obligado no estuvo motivada por el capricho sino en apego de una normativa que se estima regía el derecho en controversia.

Igualmente, expuso que lo que se pretende en el proceso se dio con ocasión de una interpretación diferente que autorizaba por la misma jurisprudencia, lo cual afecta la sostenibilidad fiscal del régimen que administra esa accionada por los altos valores que debe sufragar la administradora por decisiones no ajustadas a derecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si a la demandante le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes solicitada.

c. De la calidad de afiliado del causante:

Descendiendo al *sub-examine* se advierte que no fue objeto de discusión que el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS falleció el día 18 de junio de 2006, tal como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 9 archivo 02), tampoco su calidad de afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la demandada desde es el 18 de abril de 1994, según se colige del Reporte de Periodos de Afiliación al Régimen de Pensiones del ISS, en el que si bien se detallan cotizaciones desde el 22 de septiembre de 1980, lo cierto es, que corresponden a JOSE BARRERA FORERO, en tanto, las del causante inician desde el 18 de abril de 1994 con el empleador Santamaría Trasteos Ltda. (Fl. 27 archivo 02), situación que se acompasa con la información que obra en el Reporte de Semanas en Pensiones expedido por COLPENSIONES, en el que se indica que alcanzó un total de 349.29 semanas cotizadas entre el 18 de abril de 1994 y el 31 de agosto de 2002 (Archivo 15), además de lo consignado en las Resoluciones No. 0020565 de 2007 y Resolución 01697 de 2007.

De la misma forma, no se discute el hecho que la convocada a juicio negó la pensión de sobrevivientes mediante la citada Resolución No. 0020565 de 18 de mayo de 2007 (Fls. 47 a 54 archivo 02), aduciendo que si bien el asegurado fallecido acreditaba 3.991 días de servicios prestados al sector público a través del Ministerio de Hacienda del 1º de octubre de 1980 al 1º de noviembre de 1991 y 2.426 días cotizados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, alcanzando

un total de 6417 días cotizados, y que no realizó cotizaciones dentro de los tres últimos años anteriores al deceso.

De otra parte que la accionada reconoció la calidad de compañera permanente del causante a la actora, otorgándole la indemnización sustitutiva a esta y a las hijas de la pareja, quienes valga la pena aclarar en la actualidad son mayores de edad según se corrobora de los Registros Civiles de Nacimiento que obran en el plenario a folios 13 y 15 del archivo 02, decisión que confirmó la entidad accionada al desatar el recurso de apelación presentado por la activa a través de la Resolución 01697 del 6 de septiembre de 2007 (Fls. 55 a 61 del archivo 02); igualmente, no es objeto de reproche el hecho que la demandada negó el pago de la aludida indemnización al haber operado el fenómeno prescriptivo según lo reglado en el artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990.

De otra parte, cabe destacar que si bien la demandante en el libelo introductorio señaló que contrajo nupcias por el rito católico con el causante como viene de verse, tal aspecto no se acreditó debidamente en el *sub-examine*, por lo que para los fines legales pertinentes se estudiaran las pretensiones de la demanda teniendo a la gestora como compañera permanente del causante, tal como lo había reconocido la accionada y lo puso de presente el Juez de instancia.

d. De la Pensión de Sobrevivientes:

Precisado lo anterior, y dado que el causante JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS falleció el 18 de junio de 2006, se tiene que la normativa llamada a regir la presente controversia es la vigente al momento del deceso, según lo ha adocinado de manera reiterada la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, la sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021.

Así las cosas, las normativas vigentes para la fecha del deceso se refieren a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 2º y el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de

2003, el cual señala los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, así:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“[...]

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

“a) <Literal INEXEQUIBLE>

“b) <Literal INEXEQUIBLE>

“PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

“El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que, a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”.

No obstante lo anterior, debe precisarse que la Alta Corporación ha establecido que la norma vigente al momento de la muerte del causante no es la única senda para determinar si el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes, así lo ilustra en sentencia SL3698-2021, Radicación No. 76288 del 10 de agosto

2021, en donde expone las tres opciones que existen, entre ellas, la referente al régimen de transición y la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, así:

“Ahora bien, existen tres posibilidades para dejar causada la pensión de sobrevivientes tratándose de la muerte de un afiliado: i) que haya cotizado el mínimo de semanas exigido en la norma vigente al momento del deceso -a saber, 50 semanas en el trienio anterior al fallecimiento; ii) a través de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, mediante el cual se permite analizar la procedencia de la prestación a la luz de la norma inmediatamente anterior a la que regula el caso -la Ley 100 de 1993, en su versión original, presupuesto que, de aplicarse, que tampoco cumple el causante, pues no acumuló 26 semanas en el último año anterior a su deceso, y, iii) que aquél hubiere cotizado el número de semanas exigido en el régimen de prima media (parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003), de donde se infiere, sin lugar a dudas, la necesidad de revisar si aquél tendría o no derecho al régimen de transición.”

“[...]

“iii) Ahora bien, descartadas las dos primeras hipótesis, la tercera opción que permitiría dejar causada la prestación reclamada es aquella consagrada en el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual contempla la generación de la pensión de sobrevivientes cuando el afiliado fallecido «haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento». De modo que, en principio, debe cumplir las exigencias del artículo 9 ibidem y, si es beneficiario de la transición, las previstas en el régimen anterior aplicable (CSJ SL7358-2014). Precisamente, en esta sentencia la Corte explicó:

“Así las cosas, conforme se anotó con antelación, debe entenderse que la alusión efectuada al número mínimo de semanas de que trata el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003.

“Sin embargo, ello será así siempre y cuando que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, en tal caso, y en tratándose de un afiliado al Seguro Social, por razón de los beneficios de ese régimen se le debe aplicar, en materia de densidad de cotizaciones, el régimen al cual se encontrara afiliado para el 1 de abril de 1994, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, en particular su artículo 12, por así disponerlo el señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”

“[...]

“Ahora, no es posible, como lo pretende la actora, la aplicación directa de las normas del Acuerdo 049 de 1990 que regularon la pensión de sobrevivientes, pues éstas fueron derogadas por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, los que, a su vez, fueron modificados por los artículos 12



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y 13 de la Ley 797 de 2003. Contrario a lo señalado por la recurrente, cuando el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 se refiere al número de semanas mínimo requerido en el régimen anterior al fallecimiento del causante, equivale a decir que debe acreditarse las que exige el sistema para acceder a la pensión de vejez, bien sea en el régimen general o en el de transición. En decisión CSJ SL5196-2019” (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, es del caso acortar que al analizar la viabilidad de la aplicación del régimen de transición, acorde con lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, es necesario haber estado afiliado al sistema anterior con el que se pretenda alcanzar la prestación pensional, ya que es el que genera una expectativa legítima susceptible de protección legal, así se ha reseñado entre otras, en sentencia SL1304-2022, Radicación No. 74440, del 5 de abril de 2022, en la que se dijo:

“Asimismo, en el presente asunto no es posible examinar la situación pensional del finado a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, toda vez que aquel no estuvo afiliado al ISS antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tal como lo sostuvo esta Corporación en las sentencias CSJ SL4392-2020 y CSJ SL2985-2021.”

e. Del caso en concreto:

De cara a lo anterior, y a fin de resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, conviene examinar en inicio si la demandante acreditó la condición de compañera permanente del afiliado, advirtiéndose al respecto que la encartada le había reconocido tal calidad desde la expedición de las Resoluciones No. 0020565 de 2007 y No. 01697 de 2007, mediante las cuales negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y en su lugar le reconoció la indemnización sustitutiva.

Es del caso señalar, que si bien el *a-quo* ahondó en lo atinente a la convivencia de la actora con el causante, señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS, la que encontró demostrada por un lapso de más de cinco (5) años, no es menos cierto que tal presupuesto es propio de la pensión de sobrevivientes en caso de muerte del pensionado y no del afiliado como se dejó sentado en sentencia SL-1730, Radicado 77327 de 3 de junio del 2020, providencia que si bien se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en sentencia SU-

149 del 2021, ello *per se* no implica que a la fecha exista un cambio de postura por parte del órgano de cierre de esta especialidad, pues existen diversas sentencias posteriores a la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, entre otras, la SL5270-2021, con Radicación No. 86941 de 3 de noviembre de 2021, en la que además de reiterar dicho criterio, reproduce las razones por las cuales se aparta de la decisión del órgano de cierre constitucional.

Bajo ese escenario, lo que procede en el presente caso según la referida jurisprudencia es avalar la calidad de compañera permanente y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte del afiliado.

En tal sentido, obra en el plenario declaración extra proceso rendida por la actora en la que sostiene que convivió de forma permanente compartiendo techo, lecho y mesa con el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS desde el 23 de enero de 1988 hasta el 18 de junio de 2006 fecha de su óbito, unión de la cual procrearon dos hijas de nombre LIZ ANGELICA y MARÍA FERNANDA SIERRA CAMARGO, además expuso que dependía económicamente del causante y que no existían otras personas con mejor derecho para reclamar la prestación deprecada. (Fls. 17 a 20 archivo 02). Argumentos que reiteró en el interrogatorio de parte que rindió ante el juez de primer grado.

De la misma forma, se encuentra la declaración extra proceso rendida el 3 de febrero de 2017 por la señora MARÍA ESPERANZA MALDONADO PICO y CLARA ISABEL FORERO MELO, quienes manifestaron que conocieron al afiliado fallecido hace treinta (30) años, reiterando los demás aspectos anteriormente anotados (Fls. 21 a 26 archivo 02).

A su vez, se recibió el testimonio de ROSALBA ZABALA DE SÁNCHEZ, quien refirió que conoció a la demandante y al causante cuando se mudaron a vivir al barrio en el que ella vive en el año 1988, además indicó conocer que el señor JOSE IGNACIO SIERRA trabajaba en Aduanas y que convivió con la actora desde dicha calenda hasta su deceso en el año 2006; que los conoció conviviendo en pareja y que tuvieron dos hijas de nombre MARIA FERNANDA de 32 años y LIZ

ANGÉLICA de 28 años, de otro lado, adujo que nunca vio que la pareja se separara y que el causante tenía a cargo los gastos del hogar.

Por su parte, la testigo MARÍA ESPERANZA MALDONADO PICO dijo conocer a la demandante desde que estaban en el colegio; que en el año 1988 llegó a vivir con el afiliado fallecido al barrio en el que ella reside, y que le consta que vivían en unión libre; que el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA laboró en aduanas y manejó un camión, empero, no recuerda la fecha en que eso sucedió; que falleció el 18 de junio de 2006 y que lo recuerda porque era el día del padre; además narró que la pareja nunca se separó y que la actora se dedicaba al hogar y dependía económicamente de aquel, versión que resulta conteste con la que expuso ROSALBA ZABALA DE SÁNCHEZ.

En punto de la declaración vertida por CLARA ISABEL FORERO MELO, debe señalarse que no se le dará valor probatorio, en tanto, sus manifestaciones respecto a la relación de la actora y el causante no se advierte que le consten de manera directa, dado que los datos que se le preguntaron al respecto los tenía anotados en un cuaderno, tal como lo expuso el Juez de instancia, siendo desechado de plano tal testimonio.

De cara a lo indicado, se corrobora con claridad que para la fecha del deceso del afiliado JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS, la demandante además de ostentar la calidad de compañera permanente, hacía parte del núcleo familiar, vínculo que como se reseñó tenía vocación de permanencia viéndose reflejada en el proyecto de vida en común que la pareja emprendió desde el año 1988 hasta el deceso del compañero permanente, el cual estuvo provisto de acompañamiento y ayuda mutua como vino de verse.

Establecido lo anterior, y como se expuso en precedencia la norma que rige la presente controversia refiere a la vigente a la fecha del óbito del afiliado, que en el caso alude a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que señala que el afiliado debe haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, es decir, en los tres años anteriores al 18 de junio de 2006, presupuesto que no acreditó el causante, pues del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por

COLPENSIONES actualizado a 27 de noviembre de 2020, se observa que su última cotización data del mes de agosto de 2002 (archivo 15).

En cuanto a la segunda posibilidad a la que se hizo alusión en la jurisprudencia traída a colación anteriormente, es decir, bajo la égida de la condición más beneficiosa, debe precisarse que la misma implica la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento; sin que sea posible hacer una búsqueda de legislaciones en la historia a fin de determinar cuál se ajustaría a las condiciones particulares del afiliado, dado que tal proceder desconocería que las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia futuro, tal como lo ha reiterado el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Bajo ese supuesto, es menester acudir al artículo 46 de la ley 100 de 1993, norma anterior a la Ley 797 de 2003, precepto legal que conforme a lo dispuesto en sentencia SL4650-2017, Radicación No. 45262 de 25 de enero de 2017, la que plantea diferentes escenarios a tener en cuenta si el afiliado se encontraba o no cotizando al momento de la muerte, evidenciándose que el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS no se encontraba cotizando al sistema general de pensiones a la fecha de su óbito, luego debía acreditar los siguientes requisitos: i) que el afiliado que no se encontrara cotizando al momento del cambio normativo, ii) que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando, iii) que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002, iv) que la muerte hubiese producido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, v) que al momento del deceso no estuviese cotizando, y vi) que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento, exigencias que tampoco cumple el causante a cabalidad, dado que su muerte como ya se ha indicado se sucedió el 18 de junio de 2006 y no cuenta con semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al deceso.

Ahora bien, en tratándose de las condiciones que plantea el parágrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que establece que es dable reconocer la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del afiliado cuando haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo

anterior a su fallecimiento, es decir, según lo normado en el artículo 33 de la Ley de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual para el año 2006, fecha del fallecimiento del causante exigía acreditar 1075 semanas, cúmulo de cotizaciones con las cuales no contaba, pues solo alcanzó 916 semanas.

No obstante, huelga acotar que solo es factible acudir al escenario anteriormente referido, siempre que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición, el cual el fallador de primer grado encontró acreditada por parte del afiliado a razón de su edad, dado que nació el 9 de abril de 1949 y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 contaba con 44 años, además dijo que había conservado dicho régimen al acreditar más de 750 a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, concediendo la pensión de sobrevivientes de Acuerdo a lo reglado en el literal b) del artículo 6º del acuerdo 049 de 1990, al cual remite el artículo 25 de la misma norma, al haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo, lo que permitía el reconocer la prestación pensional deprecada bajo tal normativa.

Conclusión que a todas luces resulta desacertada, como quiera que no era posible aplicar las referidas normas que regulaban la pensión de sobrevivientes en el Acuerdo 049 de 1990, ya que fueron derogadas por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Luego, que lo que quiere decir el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es que se necesita contar con el número de semanas o tiempos que exige el sistema para acceder a la pensión de vejez, bien sea en el régimen general o en el de transición, como lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según se indicó con antelación.

De otro lado, se hace imperioso recordar que el señor JOSE IGNACIO SIERRA CARDENAS se afilió al régimen de prima media administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, el 18 de abril de 1994, misma calenda en la cual inició cotizaciones a esa entidad, aspecto que reconoció la actora en el acápite de fundamentos y razones de la demanda, de modo que no es posible estudiar la situación pensional del causante de acuerdo a lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto

758 del mismo año, toda vez que aquel no estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social Pensiones, es decir, antes del 1º de abril de 1994, como lo ha reiterado la Alta Corporación, lo que deviene en la aplicación de la Ley 71 de 1988, al haber acreditado tiempos públicos a través del Ministerio de Hacienda con anterioridad a esa calenda como se expuso en inicio, norma que exigía 20 años de aportes, término que no alcanzó al acreditar 916 semanas.

Colorario de lo anterior, no le queda otro camino a esta Colegiatura que revocar la decisión del Juez de primer grado que concedió la pensión de sobrevivientes; además del pago de reajustes, retroactivo e intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 que dispuso, por las razones antes expuestas, argumentos que son más que suficientes para dar la razón a la entidad demandada en su recurso de alzada en el que solicito la revocatoria de la condena que le fuera impuesta.

f. Del pago de la Indemnización sustitutiva:

En consonancia con lo anterior, y al haberse denegado las súplicas impetradas de manera principal en el *petitum*, procede la Sala a analizar las deprecadas de manera subsidiaria por la gestora, la cual pretende el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta las 916 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS.

Al respecto, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, establece sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.”

A su turno, el literal c) del Decreto 4640 del 2005 en su artículo 1º, dispone:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Artículo 1°. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

“[...]

“c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;”.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1308-2021, Radicación No. 86426 del 12 de abril de 2021, señaló:

“En lo relativo a esta prestación, al tratar un tema similar, pero respecto de la pensión de sobrevivientes, en la decisión CSJ SL2214-2018, reiterada en la CSJ SL3564-2020, esta Corte hizo las siguientes consideraciones, que son aplicables al caso:

“El artículo 49 de la Ley 100 de 1993, consagra la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en favor de «los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes», en los términos del artículo 37 de la misma normativa, que prevé:

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

“Por su parte, el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, dispone:

“[...] la cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

“ $I = SBC \times SC \times PPC$

“Donde:

“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 evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

“A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

“[...]

“Al liquidar el valor de la pensión o indemnización, la administradora dará aplicación al artículo 21, inciso 3º del artículo 36, y artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para lo cual utilizará la historia laboral y demás información que se tuvo en cuenta para la emisión del bono, sin exigir al afiliado nuevas certificaciones, salvo cuando se trate de reportar información que no reposa en la historia laboral.”

Bajo ese escenario, se encuentra que la referida prestación le fue reconocida a la demandante y a las dos hijas de la pareja, las que para la fecha eran menores de edad, mediante Resolución No. 0020565 del 18 de mayo de 2007, en suma de \$1.4010.353, en la que solo se tuvo en cuenta los tiempos cotizados al ISS, aduciendo que la indemnización por el tiempo cotizado a las entidades del sector público debía solicitarla a cada entidad; decisión que fue reiterada en la Resolución 01697 de 6 de septiembre de 2007. Indemnización de la cual en últimas se negó su pago por parte de la entidad, argumentando que había operado la prescripción referida en el artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990, según da cuenta la Resolución No. 030709 de 10 de julio de (Fls. 47 a 66 archivo 02).

De acuerdo a los argumentos anteriormente esbozados, y sin ahondar en mayores elucubraciones se advierte que no existe controversia respecto de la condición de beneficiaria de la referida indemnización.

En esa medida, habrá de modificarse el valor reconocido por en la citada resolución, como quiera que no se tuvo en cuenta los tiempos de servicios públicos, lo cual es posible según se dijo en sentencia SL3694-2021, Radicación No. 85168 de 23 de junio de 2021, así:

“Y no puede olvidarse que los trabajadores afiliados al ISS, incluso antes de la Ley 100 de 1993, tenían la posibilidad de acceder a una indemnización sustitutiva a cargo de esa entidad de seguridad social por las cotizaciones realizadas y de conformidad con las condiciones establecidas en sus reglamentos (artículos 7 y 13 del Decreto 3041 de 1966, 9 y 14 del Decreto 758 de 1990, según el caso).

Esta prerrogativa se mantuvo con la expedición de la Ley 100 de 1993 a través de su artículo 37, solo que con un criterio universal e integral, pues en armonía con el literal f) del artículo 13 ibidem, a partir de la entrada en vigencia de esta norma debe tenerse en cuenta «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, (...) la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio» (Subrayado fuera de texto).

Dimana de lo expuesto, que la demandante en efecto tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reclamada, teniendo en cuenta los tiempos de servicios públicos prestados por el causante al MINISTERIO DE HACIENDA del 1º de enero de 1980 al 1º de noviembre de 1991 (Fl. 35 archivo 02) y los cotizados a COLPENSIONES, con los cuales acreditaba un total de 916 semanas, según señaló la demandada en las Resoluciones No. 0020565 de 2007 y Resolución 01697 de 2007.

Indemnización que deberá ser indexada al momento de su pago, ante de la improcedencia del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que reclama la actora sobre tal emolumento, en atención a que los mismos proceden por la mora en el pago de mesadas pensionales y no por la mora en el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

g. De La Excepción de Prescripción:

Respecto a la excepción de prescripción propuesta por la encartada, debe indicar la Sala que tal medio exceptivo no goza de prosperidad toda vez que el órgano de cierre de esta especialidad ha acogido la tesis de imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva, así se memoró en sentencia SL5299-2021, Radicación No. 83305 de 24 de noviembre de 2021, en la que se trajo a colación lo expuesto por la alta Corporación en sentencia CSJ SL4559-2019, así:

“En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

“Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

“[...]

“Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009. (Subraya la Sala).

Colorario de lo anterior, se condenará a la demandada a pagar a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual deberá calcular la enjuiciada teniendo en cuenta los tiempos públicos y privados como se expuso anteriormente, para lo cual COLPENSIONES deberá efectuar las actuaciones pertinentes ante el MINISTERIO DE HACIENDA, indemnización que deberá ser indexada al momento del pago.



SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado, las de primera instancia a cargo de la demandada como lo había indicado el juez de instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual deberá calcular la entidad teniendo en cuenta los tiempos públicos y privados laborados por el señor JOSÉ IGNACIO SIERRA CÁRDENAS, rubro que deberá ser indexado al momento del pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2020 00401 01
Demandante: JULIO ROBERTO IBAÑEZ RINCÓN
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN,
 COLFONDOS S.A. y SKANDIA PENSIONES Y
 CESANTÍAS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JULIO ROBERTO IBAÑEZ RINCÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN, PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad llevado a cabo el 29 de noviembre de 1995 a través de COLFONDOS S.A.; así como los demás



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslados horizontales realizados en marzo de 1998 al fondo de pensiones DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN, el 30 de noviembre de 1998 a COLFONDOS S.A.; el 26 de octubre de 1999 a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN; en marzo de 2000 a COLFONDOS S.A.; en julio de 2001 a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; el 24 de junio de 2002 a COLFONDOS S.A.; en diciembre de 2003 a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 24 de noviembre de 2009 a PORVENIR S.A. y el 22 de noviembre de 2012 a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., toda vez que en la etapa precontractual ninguna de los fondos privados brindó una información veraz, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional y en especial de la situación personal y concreta del promotor.

En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES lo tenga como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra, como si nunca se hubiese traslado en virtud del regreso automático.

De manera subsidiaria pretende, se declare únicamente válida la afiliación realizada por el actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que existió una múltiple vinculación al momento de realizar el traslado de régimen con la administradora COLFONDOS S.A., toda vez que la escogencia de régimen la realizó el 1º de febrero de 1995, es decir, sin haber transcurrido tres (3) años a partir de la selección inicial, de acuerdo a preceptuado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Consecuentemente, pretende se declaren ineficaces los traslados horizontales que realizó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que en el primer traslado de régimen no habían transcurrido 3 años a partir de la selección inicial, como lo establece el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se retrotraigan las cosas a su estado anterior se ordene a COLPENSIONES lo tenga como afiliado en ese régimen como si nunca se hubiese traslado, además se ordene el retorno de los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros, el bono pensional y la actualización de su historia laboral, más de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 13 de marzo de 1961 e inició cotizaciones al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, a partir del 16 de Julio de 1985, encontrándose inactivo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al haber realizado su última cotización para el ciclo de diciembre de 1994. Relató que con posterioridad al 1º de abril de 1994 efectuó su primera afiliación como selección inicial en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 1º de febrero de 1995 y posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de noviembre de 1995 a la administradora de pensiones COLFONDOS S.A., sin haber transcurrido los tres (3) años a partir de la selección inicial que indica el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que al momento del traslado el asesor del fondo privado no le proporcionó información clara, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas ambos regímenes pensionales, sin un estudio de su situación particular, pues únicamente se le ilustró sobre los beneficios que obtendría al cambiarse de Régimen Pensional.

Narró que se trasladó de COLFONDOS S.A., a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN en marzo de 1998, posteriormente retornó a COLFONDOS S.A. el 30 de noviembre de 1998; de allí se trasladó al fondo privado COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN el 26 de octubre de 1999, a continuación regresó a COLFONDOS S.A. en marzo de 2000, luego se trasladó a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN en julio de 2001; seguidamente se regresó a COLFONDOS S.A. el 24 de junio de 2002; de ahí, se trasladó en diciembre de 2003 a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; más adelante se trasladó el 24 de noviembre de 2009 a PORVENIR S.A., retornando finalmente a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 22 de noviembre de 2012.

Manifiesta que la accionada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. le realizó una simulación pensional que arrojó como valor de su mesada pensional la suma de \$2.660.879, a su vez la simulación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida conforme lo normado en la Ley 797 de 2003 determina



una mesada de \$3.793.989,11; a su vez expuso al 13 de marzo de 2023 alcanzaría un total de 1856 semanas, por último señaló que agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 19 de septiembre de 2019, la cual denegó su petición.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias formuladas en su contra, manifestando que el traslado de régimen pensional efectuado a ese fondo fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión y del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; además de haber sido informado sobre sus condiciones pensionales. Asimismo, señaló que en atención a la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, le resulta jurídicamente imposible allanarse a las pretensiones de la demanda.

Formuló como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 06).

A su turno, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones principales y subsidiarias que se impetraron en su contra, argumentando que al momento de la afiliación con ese fondo en 2003 y 2012, venía de estar afiliado con otros fondos, por ende, tenía un conocimiento previo del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen pensional, por lo tanto, la asesoría en el caso particular se daría más como reafirmación a los argumentos ya conocidos por el demandante, siendo la única diferencia que se podría registrar entre los fondos privados lo atinente a la rentabilidad.

Adicionalmente, señaló que la afiliación con esa administradora se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe, de ahí, que no sea posible devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual del actor.



Propuso como excepciones los que denominó actos de relacionamiento, SKANDIA S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica (archivo 08).

Adicionalmente, esa administradora llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el cual se fue admitido mediante auto adiado el 2 de agosto de 2021, mismo proveído en el que se tuvo por no contestada la demanda a la accionada PROTECCIÓN S.A. (archivos 08 y 16).

COLPENSIONES dio contestación al libelo demandatorio con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias, aduciendo que el traslado de régimen del actor se encuentra ajustado a derecho, en tanto se realizó de forma libre y voluntaria, de ahí que deberá probarse en el trámite procesal la ineficacia del mismo por falta al deber de información, más si se tiene en cuenta la permanencia ininterrumpida del gestor en el régimen, inicialmente con COLFONDOS S.A. en noviembre 1995 y posteriormente trasladándose horizontalmente a los fondos privados PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. en 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2009 y 2012 respectivamente, administradoras en los cuales recaía la obligación de brindar la información idónea a sus potenciales afiliados.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Archivo 11).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre los regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen y los aportes en dicho régimen, igualmente, le dio a conocer la opción de retracto con la que cuentan los afiliados, lo que consta en la suscripción del formulario de afiliación donde quedó plasmado su consentimiento.

Señaló como excepciones la de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda primigenia, en la medida que no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, pues la obligación estaba a cargo de la administradora de pensiones COLFONDOS S.A., quien fue la que contactó e informó al actor en el año 1995, fecha para la cual no se había constituido el seguro previsional, de modo que la petición de reintegro de primas no es procedente, más aún porque para la fecha en que se vinculó con SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en 2003, no se había constituido el seguro previsional.

Reseñó como medios exceptivos los de inexistencia de obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, señaló que se oponía en tanto, el traslado con SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. acaeció con anterioridad al año 2007, por lo cual los actos contrarios a derecho, sin los requisitos establecidos por ley, no pueden ser trasladados a esa aseguradora la cual recibió de buena fe el pago de la prima, más si se tiene en cuenta que la póliza previsional fue suscrita en 2007, por tanto no puede peticionarse la devolución por hechos que datan de 1995 con otros fondos pues desconocía la manera como se desarrolló el acto de traslado, luego, no puede asumir los vicios que la afiliación.

Como excepciones propuso las de improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 Y 9201411900149 con vigencia entre el 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 y la de inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de mayo de 2022, declaro probada la excepción de improcedencia del llamamiento de garantía formulada por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y no probadas las formuladas por las demandadas. De la misma forma, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante a través de COLFONDOS S.A., el 29 de noviembre de 1995, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, debidamente indexadas, las sumas que hayan descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras. Además, condenó a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a



COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración los cuales ser indexados.

También ordenó a la demandada COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Por último, condenó en costas a COLFONDOS S.A. a favor del actor y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria de régimen pensional, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de no poder trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

Seguidamente, indico que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba; de la misma forma sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que la actuación viciada del traslado no se convalida con los diversos traslados que se efectúen dentro de este último régimen, máxime cuando no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el



derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Señaló que el trámite procesal se acreditó que el demandante nació el 13 de marzo de 1961 por lo que cuenta con 61 años y efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 16 de julio de 1985 al mes de noviembre de 1995.

Precisó que si bien en la demanda se dijo que se trasladó a COLFONDOS en noviembre de 1995, lo cierto era que no obra el formulario de afiliación correspondiente a dicha data; sin embargo, la demandada SKANDIA S.A. allegó el reporte SIAF en el que se verifica que el traslado de régimen sucedió el 30 de noviembre de 1998, a través de COLFONDOS S.A., empero, de la historia laboral consolidada que aportó SKANDIA S.A. se evidencia que el demandante desde el mes de diciembre de 1995, realizó cotizaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la administradora de pensiones COLFONDOS S.A. hasta febrero de 1998 y a partir de marzo de 1998 a DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., aclarando que no se encontró el formulario de afiliación primigenio a COLFONDOS S.A.

Posteriormente, hizo un relato de los diferentes periodos en los que cotizó el demandante a los fondos de pensiones en los que estuvo afiliado, es decir, COLFONDOS S.A., COLMENA y SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., señaló que al tenerse por no contestada la demanda a PROTECCIÓN S.A. no se cuenta como mayor información sobre las afiliaciones a ese fondo. Adicionalmente, al referirse al interrogatorio de parte que depuso el promotor dijo que ninguna de las AFP demandadas logró acreditar haberle brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, iterando que ni siquiera se contaba con el formulario de afiliación inicial.

En esa medida, al haberse comprobado el incumplimiento del deber de información no le quedaba otro camino que declarar la ineficacia del traslado inicial efectuado por el demandante, el cual según la impresión de la consulta al SIAF se tiene que se realizó el 29 de noviembre de 1995, junto con traslados posteriores a las demás administradoras; a su vez ordenó a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. trasladar con destino a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES, las sumas que hayan descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por el gestor durante el tiempo que estuvo afiliado a esas administradoras, sumas que deberán indexarse desde la fecha de cada uno de los descuentos hasta el momento en que se remitan los respectivos recursos a COLPENSIONES.

Igualmente, ordenó a SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, es decir, aportes y rendimientos, así como las sumas contadas por gastos de administración debidamente indexados.

En cuanto al llamamiento en garantía que se formuló en contra de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., dijo que no ordenaba la devolución de los dineros descontados por concepto de seguros previsionales dado que los riesgos de invalidez y muerte estuvieron en su momento amparados en favor del demandante, además en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se deben manejar cuentas separadas en lo relacionado con los dineros que financian las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, además se trata de un riesgo que no se presentó. Adicionalmente expuso que el llamamiento en garantía no procedía, como quiera que en la litis no se discute el acaecimiento del siniestro, sino el incumplimiento del deber de información y la validez de la afiliación, en consecuencia, declaró probada la excepción formulada por la aseguradora de improcedencia del llamamiento en garantía y condenó en costas a SKANDIA S.A., a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

De otra parte, declaro no probada la excepción de prescripción ya que la jurisprudencia ha señalado que la acción de ineficacia del traslado del régimen pensional es imprescriptible. También dijo que el principio de sostenibilidad financiera, no se ve afectado puesto que se ordena el traslado de los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos y los gastos de administración. Por último, condenó en costas a COLFONDOS S.A.

Finalmente, la demandada SKANDIA solicitó aclaración de la sentencia respecto del numeral 4º del resuelve, aclaración a la que no accedió el fallador de instancia al considerar que había sido diáfano en señalar que de acuerdo al



artículo 20 de la ley 100 de 1993, los gastos de administración corresponde al porcentaje que el fondo de pensiones toma para sus gastos operativos, y que en esos gastos operacionales no está incluido lo correspondiente al seguro previsional, considerando así que no es necesario adicionar ni aclarar la sentencia, pues en la parte motiva hizo alusión a esos dos aspectos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., interpuso parcialmente recurso de apelación, en contra el numeral 4º de la sentencia, que ordena retornar hacia COLPENSIONES por parte de ese fondo lo referente a gastos de administración debidamente indexados, ya que el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, señala cuales son los conceptos que deben trasladarse, los cuales son aportes realizados en la cuenta individual del demandante, existiendo en ese sentido múltiples pronunciamientos sobre el particular cuando se esta declaratoria de una nulidad o ineficacia; además, el artículo 964 del Código Civil establece que el poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos, ello, por cuanto no se probó en el proceso mala fe por parte de esa administradora.

Por su parte, la demandada PORVENIR S.A., en su alzada presentó inconformidad frente a los gastos de administración, argumentando que constituyen conceptos autorizados a descontar a las AFP como consecuencia de la buena administración de la cuenta de ahorro individual del actor, además al ordenarse el traslado de estos gastos a COLPENSIONES se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, dado que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que disponga tal devolución, de acuerdo a lo consagrado en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, en la cual estipula que el monto a trasladar es el saldo que contiene la cuenta de ahorro individual y teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. trasladó estos valores a SKANDIA S.A. en el año 2012, de ahí, que ese concepto pertenece al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el saldo del capital existente en la cuenta de ahorro.

Adicionalmente, dijo que se desconoció lo expuesto en el numeral 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, puesto que en caso que el demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estuviese afiliado a COLPENSIONES, igualmente se hubiesen generado descuentos de la cotización para financiar los gastos de administración, más si se tiene en que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo.

La demandada COLPENSIONES en su apelación, solicitó la revocatoria total de la sentencia, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de traslado de régimen cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, limitando tal derecho por razones financieras y estabilidad del sistema pensional cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años de cotizaciones a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, ello, en consonancia con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución Política, lo cual busca resguardar el principio de sostenibilidad financiera.

Aunado a lo anterior, dijo que al no ser el demandante beneficiario del régimen de transición no podía operar su traslado en cualquier tiempo, según se ha reiterado por la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional, más si no se tiene ninguna expectativa pensional y no se le ha afecta ningún derecho adquirido, posición compartida por la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, indicó que, para el momento del traslado, la obligación del fondo privado era la de brindar información, resultando desmedida la exigencia de realizar alguna proyección pensional, e imponer un deber de asesoría y buen consejo cuando ello no estaba regulado en la Ley vigente para la fecha del traslado, desvirtuando así el principio de confianza legítima, más si se tiene en cuenta que se trataba de un afiliado con conocimientos financieros.

Finalmente, señaló que al ser un tercero en el acto jurídico que se celebró entre el demandante y el fondo privado, no puede verse ni favorecido ni perjudicado ante tal acto jurídico.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante, en caso negativo, se auscultará de manera subsidiaria si existió multifiliación por incumplimiento en el tiempo de permanencia mínima.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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



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

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

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

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



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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó por parte del gestor o de la demandada COLFONDOS S.A. el formulario de afiliación que suscribió con esa encartada el 29 de noviembre de 1995; sin embargo, obra reporte SIAF (Fl. 66 archivo 06 y Fl. 59 archivo 08), del cual se puede colegir que el demandante se trasladó de régimen a ese fondo el 30 de noviembre de 1998, y en ese mismo documento se detalla como calenda de afiliación inicial a COLFONDOS S.A. el 29 de noviembre de 1995, igualmente se especifican los traslados que realizó de manera horizontal a los fondos de pensiones privados que se convocaron a juicio, entre ellos, el último al cual se encuentra actualmente afiliado, esto es, SKANDIA S.A., tal como lo expuso el juez de primer grado.

No obstante, cabe señalar que si en gracia de discusión se hallara en el plenario dicho formulario de afiliación inicial o incluso se pudiese decir que con los formularios de afiliación que aportaron PORVENIR S.A. o SKANDIA S.A., se subsanara falencia probatoria, lo cierto es, que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep. 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte del accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informado; por el contrario, manifestó que en su lugar de trabajo se concertó una reunión en la cual les expusieron diversos beneficios de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que por tal motivo debía realizar la afiliación, ello por cuanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se extinguiría, adicional a que, fue enfático en manifestar que en ningún momento los asesores de COLFONDOS S.A. fueron claros ni concretos en hacer énfasis respecto de las diferencias de los dos regímenes pensionales o los métodos pensionales en cada uno.

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

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



		asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES en su alzada, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión, contrario a lo aducido por el juez de instancia frente a este último concepto.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Acorde con lo anterior, y al resultar avantes las pretensiones principales de la demanda, se releva la Sala del estudio de las pretensiones formulada de manera subsidiaria.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada SKANDIA S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De la misma forma, deberán proceder las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 35 2021 00219 01
Demandante: JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 29 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin que se le ordene la corrección de su historia laboral por el periodo comprendido entre los años 2006 y 2014, junto con el pago de indemnización por la falta de corrección ante las múltiples solicitudes elevadas en dicho sentido.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En respaldo de sus pretensiones, adujo que desde el año 2000 se vinculó laboralmente con la sociedad SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. SIESA, por lo que, en vigencia de dicho contrato, comprendido entre el año 2006 y 2014, su empleador realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones en suma inferior a la realmente devengada por concepto de salarios.

Que el 7 de octubre de 2015, se solicitó acta de conciliación ante el MINISTERIO DEL TRABAJO por parte del empleador SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A., en la que se comprometió a ajustar valores reales de cotización en los periodos 2006 a 2004, por lo que el empleador realizó en el año 2015 el pago correspondiente con destino a COLPENSIONES, incluyendo las multas, pero a pesar de ello y, luego de elevarse diferentes solicitudes ante la encartada a efectos de que fuesen corregidos los valores, la entidad no ha llevado a cabo lo de su cargo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Adujo en su defensa que resulta improcedente la corrección de la historia laboral del demandante desde el año 2006, en tanto, de lo que se pudo cotejar dentro del contenido de la misma, es que para los periodos pretendidos no se refleja pago alguno ya que el actor estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., le compete al accionante probar lo pertinente.

También argumentó que le informó al demandante que la solicitud elevada no fue clara, por lo que para darle respuesta de fondo se validaron los aplicativos correspondientes, haciéndose el cruce del IBC SIAF vs IBC COLPENSIONES sobre los ciclos pretendidos, sin que le asista razón sobre lo perseguido.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia

al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Deja de presente la Sala que en la diligencia llevada a cabo el 29 de abril de 2022, ante el fallecimiento del demandante señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, el Juzgado declaró la sucesión procesal respecto de la cónyuge del fallecido, señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de abril de 2022, condenó a COLPENSIONES a corregir la historia laboral del demandante incluyendo los ingresos base de cotización, a efectos que los mismos sean aplicados para los ciclos de marzo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2006, marzo, abril, junio, agosto y diciembre de 2007, enero, febrero, junio, agosto, octubre y noviembre de 2011, enero a septiembre de 2012, febrero a mayo y septiembre de 2013, enero, marzo a mayo, agosto, octubre y noviembre de 2014, absolviendo a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia expuso que obra dentro del plenario el Acta de Conciliación No. 00656 E.L.R. – G.R.C.C. del 7 de octubre de 2015, suscrita por el señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO y la sociedad SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. ante la Dirección Territorial del Valle del Cauca del MINISTERIO DEL TRABAJO, en la que se dejó constancia que dicha sociedad efectuó la reliquidación del actor de los aportes a COLPENSIONES a través del operador Aportes en Línea en valor de \$73.639.000; sin embargo, se desconocen los valores que se reajustarían y sobre cuáles ciclos serían imputados, pues a pesar que en dicha Acta quedó consignado que el reajuste se llevaba a cabo conforme a un cuadro anexo, lo cierto es que el acuerdo conciliatorio no cuenta con tal documento, lo que impide conocer la forma en que se llevaría a cabo el reajuste.

A pesar de lo anterior, dentro del expediente administrativo del demandante, aparece que fueron allegadas las planillas de liquidación de aportes a través de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuales la sociedad SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. reportó novedad de corrección de IBC del señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO sobre los siguientes ciclos:

_ Año 2006 del mes de marzo \$10.176.000, año 2006 mes de junio \$8.742.000, año 2006 mes de agosto \$10.280.000, año 2006 del mes de septiembre \$7.160.000, año 2006 mes de octubre \$10.200.000.

_ Año 2007 del mes de marzo \$6.618.000, año 2007 mes de abril \$6.134.000, año 2007 del mes de junio \$6.985.000, año 2007 del mes de agosto \$10.842.000, año 2007 del mes de diciembre \$7.746.000.

_ Año 2008 mes de enero \$11.537.000, año 2008 del mes de febrero \$11.537.000.

_ Año 2011 del mes de junio \$10.731.000, año 2011 mes de agosto \$14.704.000, año 2011 mes de octubre \$5.099.000, año 2011 mes de noviembre \$12.260.000.

_ Año 2012 del mes de enero \$10.655.000, año 2012 del mes de febrero \$9.656.000, año 2012 mes de marzo \$7.674.000, año 2012 del mes de abril \$10.082.000, año 2012 mes mayo \$10.863.000, año 2012 mes de junio \$12.802.000, año 2012 mes de julio \$12.360.000, año 2012 mes de agosto \$14.167.000, año 2012 mes de septiembre \$14.138.000, año 2012 mes de noviembre \$11.279.000.

_ Año 2013 mes de febrero \$9.440.200, año 2013 mes de marzo \$14.737.000, año 2013 mes de abril \$11.227.000, año 2013 mes de mayo \$14.737.000, año 2013 mes de septiembre \$14.737.000.

_ Año 2014 mes de enero \$14.838.000, año 2014 mes de marzo \$15.400.000, año 2014 mes de abril \$15.400.000, año 2014 mes de mayo \$15.400.000, año 2014 mes de agosto \$15.400.000, año 2014 mes de octubre de 2014 \$15.400.000, año 2014 mes de noviembre \$15.400.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que cotejada dicha información con los registros de la historia laboral del demandante actualizada al 5 de noviembre de 2021, las novedades relacionadas en precedencia no se encuentran allí reflejadas, por lo que al no existir justificación por COLPENSIONES para que se presente dicha omisión, dispuso la inclusión de dichos IBC con la finalidad que los mismos sean ajustados a los ciclos de marzo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2006, marzo, abril, junio, agosto y diciembre de 2007, enero, febrero, junio, agosto, octubre y noviembre de 2011, enero a septiembre de 2012, febrero a mayo y septiembre 2013, enero, marzo a mayo, agosto, octubre y noviembre de 2014, conforme lo reportó el empleador SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A.

En lo que atañe a la pretensión de indemnización, adujo el *a- quo* que si bien la demandada no tuvo en cuenta las novedades presentadas por SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. a efectos de corregir la historia laboral del demandante, tal situación no genera de manera automática el reconocimiento de algún tipo de indemnización; por el contrario, le corresponde a la parte interesada la demostración del daño causado, aspecto último que no se probó dentro del presente asunto.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES apeló la decisión bajo el entendido que, si bien las correcciones de la historia laboral del demandante para los ciclos 2006 a 2014 en cuanto el IBL reflejado en la historia laboral no fue en un valor exacto, lo que se debe tener en cuenta es que en la historia laboral previa y posterior al año 2020, se presenta un cambio en el IBC; en tal sentido, dichas correcciones fueron resueltas en el BIZAGI 2021_928135 en los ciclos pertinentes, teniendo en cuenta que se incrementó el valor del IBC sobre dichos periodos.

Igualmente, que al hacerse la validación de los aplicativos correspondientes, los ciclos solicitados se encuentran ajustados en legal orden, por lo que no le asiste al actor derecho a la corrección de la historia laboral, máxime si los pagos determinados en la conciliación ante el ente ministerial fueron tenidos en cuenta al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

momento del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes mediante Resolución SUB 2255119 del 14 de septiembre de 2019.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si el señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO (q.e.p.d.), tenía derecho a la corrección de su historia laboral, en especial, la reliquidación de sus aportes reportada por el empleador SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. entre los años año 2006 y 2014, en atención a que se alude que no se imputó la totalidad de los aportes conforme a lo realmente cancelado por el referido empleador.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, sea lo primero dejar de presente la sucesión procesal declarada por el fallador de instancia ante el fallecimiento del demandante señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO sucedido el 19 de julio de 2021 como da cuenta el correspondiente Registro Civil de Defunción (Fl. 412 – PDF – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO), situación que motivó que en primer grado se hubiese declarado la sucesión procesal respecto de la cónyuge señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA según lo demuestra el respectivo Registro Civil de Matrimonio (Fl. 2 – PDF – REGISTRO CIVIL DE MATRIMONIO).

Tampoco el hecho que a la señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA le fue reconocida por parte de COLPENSIONES y mediante Resolución SUB 225119 del 14 de septiembre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 2021, pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del causante señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, prestación que se otorgó a partir del 19 de julio de 2021 en cuantía inicial de \$9.830.155.

Así las cosas, debe advertirse que el artículo 48 de la Carta Política, regula la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social. Asimismo, en tratándose de aportes pensionales, es menester confrontar lo preceptuado en los artículos 17, 18, 20, 22 y 23 de la Ley 100 de 1993, los cuales giran en torno a la necesidad y exigibilidad de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social por parte de los afiliados, empleadores y contratistas y, según el salario o ingreso realmente devengado, pues en caso de los trabajadores dependientes, el IBC es el que resulte de aplicar en atención a lo preceptuado en los artículos 18 y 20 de la disposición en comento.

Vale advertir igualmente, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1938-2022, Radicación No. 86939 del 8 de junio de 2022, señaló:

“De las disposiciones en cita emergen varias consideraciones relevantes para el caso bajo estudio. Lo primero es que, en el marco de las relaciones dependientes, las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, como instrumento fundamental para la construcción y consolidación de la expectativa de los afiliados, se causan con el trabajo o servicio prestado al empleador; este es el hecho generador. En ese horizonte, la Corte ha explicado que «los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras» (CSJ SL514-2020, reiterada en la CSJ SL4698-2020).

“Así mismo, no cabe duda de que dichas cotizaciones dependen del salario efectivamente devengado, ni más ni menos, en cuanto hacen parte del derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social. Por ende, el trabajador y el empleador no pueden disponer de los aportes al sistema pensional con miras a derogarlos, reducirlos o restarles efectos bien por acto unilateral, bilateral o colectivo, porque cualquier conducta en ese sentido ha sido proscrita por la Corte cuando se trata de esa categoría de derechos (CSJ SL16925-2014).

“Además, de las disposiciones bajo estudio también puede colegirse que si bien, la distribución de la contribución al sistema obedece a un estándar, que en condiciones normales se asemeja a los porcentajes definidos por el Tribunal (75 % empleador y 25 % trabajador), es el empresario el responsable del pago de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

su aporte y del de los trabajadores a su servicio, con mayor razón si se observa que en caso de incumplimiento, aquel es el único destinatario de las consecuencias previstas en el artículo 23, esto es, el interés moratorio sobre la deuda”.

En tal sentido, se aprecia que, atendiendo las pruebas allegadas tanto por el extremo accionante como el expediente administrativo de COLPENSIONES, entre el señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO y la empleadora SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A., se celebró acuerdo conciliatorio el 7 de octubre de 2015 ante la Dirección Territorial del Valle del Cauca del MINISTERIO DEL TRABAJO (Fls. 9 a 13 – PDF – CUADERNO DEMANDA Y ANEXOS), en el que se acordó:

“El señor (a) JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, manifiesta estar vinculado como trabajador al servicio de SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. mediante contrato individual de trabajo desde el día 2 de mayo de 2000 y labora actualmente desempeñando el cargo de Gerente Regional en la sede de Bogotá, con una remuneración consistente en un salario integral mixto con un básico de \$9.338.00 y un variable adicional conformado por incentivos por recaudos y bonos trimestrales de cumplimientos sobre metas, salario integral que devenga desde el 1º de febrero de 2015 y que ha recibido en forma puntual y satisfactoria sin reserva de reclamo alguno posterior.

“Igualmente que durante la vigencia del contrato le fueron reconocidos y pagados al señor (a) JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, en forma cumplida y conforme a la Ley todos sus salarios en dinero y en especie, las prestaciones sociales comunes y especiales, las cesantías y sus intereses, las primas de servicio, todos los recargos, descansos, ayudas, trabajo suplementario, auxilios y subsidios, vacaciones, beneficios de orden legal, le otorgaron y remuneraron debidamente los descansos que le eran de Ley, Por tanto, y así lo confiesa el señor (a) JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, a la fecha no hay ningún derecho indiscutible o cierto pendiente de reconocimiento y pago.

En el mismo acuerdo conciliatorio, respecto del pago de los aportes pensionales se consignó lo siguiente:

“Además, JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, deja constancia de que está de acuerdo con los ajustes a pensión y salud aplicados desde enero del año 2006 hasta diciembre del año 2014 según el cuadro anexo. De igual forma confirma que está de acuerdo con todos los descuentos, deducciones o retenciones que le realizaron de sus salarios, prestaciones sociales y demás derechos que le correspondían y estaban expresamente autorizados por el mismo, conforme a derecho, se ajustaron íntegramente a la Ley y de nuevo ratifica su conformidad con ellas”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por ser interés de las partes, el señor (a) JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, y FERNANDO OTOYA DOMÍNGUEZ transigen en una suma única y total de pesos moneda corriente \$230.000.000, todos los derechos inciertos y discutibles a favor del señor (a) JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, y FERNANDO OTOYA DOMÍNGUEZ, que tuvieran como causa directa o indirecta el contrato de trabajo que existe y especialmente, cualquier expectativa de reajuste de prestaciones, aportes y demás relación con ingresos que de naturaleza no salarial hubiere devengado durante la relación laboral, en forma expresa se transan o transigen las indemnizaciones de toda índole y entre ellas la prevista en el Art. 65 del C.S. del T., y la que trata el artículo 216 del C.S. del T., pensiones de toda clase y entre ellas la denominada pensión sanción y las llamadas pensiones especiales, salarios en dinero o en especie, prestaciones sociales comunes y especiales, auxilio de cesantías y sus intereses, reajustes, toda clase de primas ellas las de servicio, toda clase de acciones y entre estas las de reintegro, recargos, dominicales y festivos, vacaciones, descansos e incentivos, viáticos, trabajo suplementario, auxilios y subsidios, beneficios de orden legal, subsidio familiar, aportes a la seguridad social y en general todo derecho, toda acción o proceso o pretensión que tuviere como causa directa o indirecta el contrato de trabajo que existe entre las partes y sin reserva de reclamo alguno.

“Se deja constancia tal como se acordó, que el EMPLEADOR efectuó la reliquidación de aportes al fondo de pensiones Colpensiones a través del operador Aportes en Línea al cual se encuentra afiliado el TRABAJADOR (A), por el valor de \$73.639.000. Las partes para efecto de conciliar cualquier expectativa o reclamación o derecho incierto, reconocen como suma conciliatoria la cantidad de \$230.000.000, suma que será cancelada a favor del trabajador JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO, a la firma de la presente acta”.

Ahora, como da cuenta la conciliación, en lo que respecta al pago por concepto de los aportes pensionales, si bien quedó acordado que el empleador cancelaría “ajustes a pensión” por el periodo comprendido entre el mes de enero de 2006 y el mes de diciembre de 2014, también se asentó que los mismos se supeditarían a información detallada en un cuadro anexo.

Por ello, a juicio de la Sala y contrario a lo decidido por el operador de instancia, dentro del presente asunto no se constituyó plena prueba que advirtiera cuáles eran los periodos y montos específicos de IBC para los correspondientes años que la empleadora SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. debía cancelar al señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO (q.e.p.d.), tópico que resultaba de vital importancia procesal para la imposición de la condena establecida por el *a-quo*, en tanto, como se desprende de la lectura acordada en el Acta de Conciliación, si bien no fue objeto de discusión la relación laboral que ataba al actor con SISTEMAS DE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. desde el 2 de mayo de 2000, lo cierto es que el actor sobre los periodos perseguidos como ajuste en su historia laboral, esto es, los comprendidos entre los años 2006 y 2014, tuvo un salario integral variable, lo que impide determinar en forma certera cuáles eran los salarios realmente devengados en cada mensualidad, debiéndose haber aportado el anexo que hizo parte integral del acuerdo conciliatorio.

En este punto, vale la pena esclarecer por este cuerpo Colegiado que, con el escrito de demanda el actor a folios 29 a 35 aportó una presunta relación de pagos adeudados por aportes pensionales, sin que dicha documental logre formar el convencimiento de la Sala al tenor de la libre apreciación de la prueba regulada en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., pues nótese que la misma además de contener una relación de pagos sobre los periodos perseguidos, no refleja que hubiese sido parte integral del acuerdo conciliatorio solemnizado ante el ente ministerial, aunado a ello que no reporta firma alguna, por ende, tal documental no puede imputarse al empleador en cumplimiento del acuerdo conciliatorio, incluso no aparece suscrito por el señor JOSÉ MARÍA DUSSAN CHIMBACO.

Además, debe tenerse en cuenta que no coinciden los valores consignados en la conciliación con los contenidos en las tablas aportadas como presunta relación de los pagos adeudados (Fls. 29 a 35 – PDF – CUADERNO DEMANDA Y ANEXOS), toda vez que como quedó acordado en el Acta de Conciliación, la suma adeudada por concepto de liquidación de aportes ascendía a \$73.639.000, mientras que en las supuestas relaciones de pago, se aprecia que se determinan los valores de \$73.880.600 y \$73.705.500, los cuales son diferentes a las verdaderamente conciliados, talante que conlleva a que no se les pueda determinar como plena prueba del IBL devengado, máxime que clara fue la conciliación en establecer que existía en detalle un anexo que confronta la obligación insoluta sobre los conceptos de aportes pensionales, sin que este último se encuentre probado dentro del plenario.

Al unísono, debe advertirse que si bien obran referencias de pago y/o número de *sticker* el banco sobre la presunta obligación cancelada por el empleador SISTEMAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A., esa situación no acredita el IBL conciliado, ya que no solo debe acreditarse el pago, sino ante todo, que lo pagado coincida con el IBL objeto de conciliación, ello en tanto el aporte a pensión debe corresponder con el salario devengado, mismo que además fue objeto de conciliación.

De otra parte, es menester que la Sala recuerde que lo anteriormente expuesto, guarda plena congruencia con lo asentado por el operador de instancia y que no fue refutado por las partes, y es el hecho que señaló el *a-quo* que no existía prueba fidedigna sobre los reajustes salariales en pensiones consignados en el cuadro anexo al Acta de Conciliación, tópico que sopesa más aun lo referido en antelación.

Por tal motivo, los IBL cuya corrección se deprecia, deben corresponder de manera exacta y precisa con el salario devengado y conciliado, lo cual no fue fehacientemente acreditado, ello en tanto la solicitud de corrección de la historia laboral suscrita por la accionante, no es prueba de ello, ni tampoco los *sticker* del banco y planillas de pagos, en tanto, se reitera, a efectos de emitir una condena era necesario acreditar el monto preciso de cada IBL y que el mismo esté acorde con el Acta de Conciliación, más aun cuando dicha corrección repercutirá en el monto pensional.

Así las cosas, no puede entenderse suplida la carga probatoria que le asistía al extremo accionante de conformidad con lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., de probar contundentemente los valores precisos conciliados con su empleador para cada período de cotización.

Como corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 29 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar **ABSOLVER** a la accionada de las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia al considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 36 2020 00215 01
Demandante: EFRÉN CRUZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN en contra de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EFRÉN CRUZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES. y PROTECCIÓN, con la finalidad que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en noviembre de 1995 a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe al inducirlo en error, viciando su consentimiento para que se trasladara de régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En virtud de lo anterior, deprecó que se ordene a la demandada PROTECCIÓN S.A. que retorne los valores que hubiere recibido a su nombre por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, igualmente se ordene a esa entidad lo reciba sin solución de continuidad, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que estuvo afiliado a CAJANAL y a razón de la liquidación de esa entidad, sus aportes fueron trasladados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en donde permaneció desde el 28 de noviembre de 1983 hasta el 30 de noviembre de 1995, alcanzado un total de 133 semanas cotizadas en esas dos entidades. Narró que en el mes de noviembre de 1995 los asesores de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional asegurándole que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, perdiendo lo cotizado hasta el momento; además que en ese fondo obtendría mayores rendimientos y podría pensionarse cuando quisiera, no obstante, no le indicaron que le asistía el derecho de retracto.

Refirió que con ese convencimiento realizó el traslado régimen, contando en la actualidad con 1358,72 semanas cotizadas a diciembre del 2019 en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. De otra parte, adujo que el 24 y el 27 de enero de 2020 se radicó petición ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. solicitando la nulidad del traslado, pedimento que fue desatado de manera negativa por parte de COLPENSIONES; además expuso que PROTECCIÓN S.A. no realizó la simulación pensional teniendo en cuenta su probabilidad de vida, sin embargo, efectuó simulación según lo normado en la Ley 797 de 2003, estableciendo que a los 62 años obtendrá una mesada de \$1.427.994.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del escrito inaugural, indicando que en el presente asunto nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, dado que el formulario de vinculación lo suscribió el demandante de manera libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato el cual generó derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier vicio del consentimiento.

Además, el gestor se encuentra en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 797 de 2003. Igualmente, adujo que no hay lugar a emitir condena en su contra respecto a la devolución de intereses financieros, en tanto no es poseedor ni de buena o mala fe de los dineros que administra.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el demandante de manera libre y voluntaria realizó el traslado de régimen, sin que haya tenido injerencia alguna en la adopción de dicha decisión; además el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo que a su vez afecta el principio de sostenibilidad financiera de la entidad.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

financiera del sistema - Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de mayo de 2022 declaró la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de diciembre de 1995, a través de PROTECCIÓN S.A.; ordenó a PROTECCIÓN S.A. normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo descontados por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Finalmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con prestación definida, sin solución de continuidad e imputar, una vez recibidos, los aportes a la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión adujo la *a-quo* que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, establecen el deber de información. A su vez expuso que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado, no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este.



Postura que fue reiterada en sentencia SL1688-2019, en la que además se establecieron varias subreglas como son: i) no se debe demostrar un perjuicio o menoscabo económico para que se declare la ineficacia, ii) la sola firma del formulario no es indicativa que el afiliado recibió información, iii) no es posible aplicar las reglas de la nulidad, es decir, demostrar los vicios del consentimiento por parte del afiliado, y iv) las administradoras deben demostrar el suministro de información claro y veraz al momento de la afiliación.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva no se demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que resulta procedente la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida los valores de acumulados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, incluyendo el costo de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas a la fecha de su pago. De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PROTECCIÓN S.A. la apeló solicitando se revoque la sentencia de manera parcial, respecto a la orden de retornar los gastos de administración y seguro previsional de la cuenta de ahorro individual del actor por todo el tiempo que la ha administrado, pues tales deducciones las ha efectuado por disposición legal y además se trata de comisiones encausadas a terceros de buena fe, en este caso las aseguradoras.

Asimismo, sostuvo que la cuenta ha sido administrada de manera eficiente, siendo significativos los rendimientos del demandante, por lo que no es posible devolver tales dineros a una entidad que no los ha administrado, lo que de contera genera un detrimento patrimonial a esa administradora y un enriquecimiento sin causa a causa a favor del actor y de COLPENSIONES.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia, argumentando que siempre ha actuado de buena fe, máxime cuando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no se acreditó la nulidad e ineficacia de traslado de régimen deprecada, la cual se dio de manera libre, consiente y voluntaria, lo que conllevó la suscripción del formulario de afiliación por parte del accionante, voluntad que se ratificó al permanecer por más de veinte años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; además el deber de información ha venido cambiando con el tiempo, luego, para la época del traslado era imposible para los fondos privados de pensiones prever las condiciones en la que los afiliados efectuarían sus cotizaciones, siendo dable reiterar que la firma del formulario es válida, máxime cuando cada caso se debe estudiar de manera individual y particular; además el actor no tenía una expectativa legítima de pensionarse, de modo que si no recibió una asesoría, ello quedó saneado con el paso del tiempo.

De la misma forma, adujo que la sentencia que analizó la constitucionalidad del artículo 167 del C.G.P., señaló que los jueces están facultados para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan los supuestos genéricos para recurrir a la carga dinámica de la prueba, ya que el demandante es consumidor financiero con derechos y obligaciones. Por último, solicitó dar aplicación al artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y se revoque la condena en costas pues si bien se opuso a las pretensiones de la demanda, no tuvo injerencia en la vinculación del demandante con PROTECCIÓN S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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



c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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



irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 14 de noviembre de 1995 con DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de diciembre de



esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 40 y 115 archivo 02- carpeta 04), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, no se avizora confesión alguna en el interrogatorio de parte, de tal modo que al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes



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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que no se encontró acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente apelación de PROTECCIÓN S.A. atinente a la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, la Corte Suprema de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, el Alto Tribunal en sentencia SL3477-2021, Radicación No. 79281 de 30 de junio de 2021, dijo lo siguiente:

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020), criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL2201-2021).”

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los



valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES en impugnación, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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



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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se



predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración, los seguros previsionales y demás emolumentos, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, respecto a la inconformidad que manifiesta la demandada COLPENSIONES en su alzada, respecto a la condena en costas impuesta en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa entidad desde el inicio se opuso a las pretensiones de la demanda, y además se le ordenó recibir los dineros producto del traslado, los que a su vez debe imputar a la historia laboral de la actora, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

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

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

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

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 2 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00262 02
Demandante: EPS SANITAS
Demandado: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL
 SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN
 SALUD -ADRES-
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la EPS SANITAS contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La EPS SANITAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a fin que se declare su responsabilidad en la causación de perjuicios en la modalidad de daño emergente, con ocasión del rechazo infundado de 498 ítems contenidos en 479 recobros cuyo monto asciende a \$824.711.935.

En consecuencia, se condene a la accionada al pago del lucro cesante en cuantía de \$824.711.935, daño emergente por valor de \$82.471.193, atinentes a gastos administrativos del 10%, más los intereses moratorios. De manera subsidiaria a los intereses moratorios, se condene al pago de la indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que la EPS SANITAS autorizó y cubrió la prestación de 498 tecnologías en salud que no se encontraban incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, hoy PBS, a diferentes usuarios, en virtud de fallos de tutela y autorizaciones expedidas por el Comité Técnico Científico -CTC-; relata que una vez se prestaron los servicios, las IPS radicaron ante la EPS las correspondientes facturas de venta, acompañadas de los soportes que acreditaban la efectiva prestación de la tecnología, por lo cual SANITAS EPS procedió a verificar el pago.

Señala que 4 recobros se efectuaron por primera vez mediante los formatos establecidos para el efecto, esto es, los denominados MY701 y MYT02, pese a lo cual el Ministerio de Salud y Protección social, a través del Consorcio Administrador del FOSYGA, glosó los reclamos.

Relata que, con ocasión de la convocatoria para realizar radicaciones especiales definidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, la EPS SANITAS presentó por segunda vez los 4 ítems, así como 494 nuevos reclamos, los cuales fueron glosados en su integridad, por lo cual se presentaron las respectivas objeciones a través del formato MYT04, realizando las aclaraciones o correcciones correspondientes, las cuales, no obstante, no fueron acogidas, ratificándose las glosas.

Finalmente, refiere que el 4 de diciembre de 2018 elevó la reclamación administrativa ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-.

Mediante providencia del 30 de agosto de 2019, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dirimió el conflicto negativo de jurisdicciones, asignando el conocimiento del proceso a la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades Laboral y de la Seguridad Social.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- contestó la demanda señalando que no le consta que la EPS haya autorizado y cubierto el suministro de tecnologías en salud no incluidas en el POS, hoy PBS; refiere que la accionante radicó por MYT02 un total de 300 reclamos, de los cuales uno fue aprobado, 298 no aprobados y uno rechazado por no haberse surtido el trámite de pre auditoría; y mediante formato MYT01 radicó 179 recobros, de los cuales 178 fueron no aprobados y uno rechazado.

Señala además que los recobros objeto de glosa se fundamentaron en que el fallo de tutela no contenía la información requerida, la tecnología se encuentra incluida en el POS, hoy PBS, el reconocimiento en salud recobrado no corresponde al FOSYGA al no aportarse el acta del Comité Técnico Científico o no contiene la información requerida, por lo cual no es cierto que se traten de glosas infundadas.

Propuso y sustentó la excepción previa de ineptitud sustancial de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y las de fondo de prescripción trienal, prescripción especial, de las glosas impuestas a los recobros objeto de demanda (de las glosas relacionadas con falencia en el fallo de tutela o el Comité Técnico Científico; de la glosa POS; de las bases revisadas ¿qué son y quién tiene la obligación de diligenciar la información?; calidad de datos de afiliación reportada a la BDUA; y de las glosas relacionadas con inconsistencias con las facturas), principio de integralidad, inexistencia de la obligación, de la existencia del hecho o culpa exclusiva de la EPS recobrante como causal



exonerativa de responsabilidad, improcedencia del pago de intereses moratorios y la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil.

De igual manera llamó en garantía a la Unión Temporal FOSYGA 2014, señalando que el 10 de diciembre de 2013 el Ministerio de Salud y Protección Social suscribió el contrato de consultoría No. 043 de 2013 con la Unión Temporal FOSYGA 2014, en cuya cláusula 7.2.1.30, se dispuso la responsabilidad patrimonial cuando el FOSYGA, el Ministerio o quien haga sus veces, sea condenado, pedimento al cual no se accedió por el *a-quo* mediante auto del 3 de marzo de 2020.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 21 de abril de 2022, absolvió a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, de todas las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión señaló como primera medida que los recobros fueron radicados en fechas distintas, por lo cual las normativas aplicables serían tanto el Decreto 1281 de 2002 y la Resolución 2933 de 2008. De igual manera hace mención al artículo 7º de la primera disposición antes referida, según el cual las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas y vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, entre las cuales estima se incluye la indemnización de perjuicios; de igual manera, el artículo 122 del Decreto 19 de 2002, señala que cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los

lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo; en igual sentido, en el parágrafo del artículo 111 *ejusdem*, consagra que por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C. C.A., o en la norma que lo sustituya.

Así las cosas, concluyó que en el presente proceso se persigue una indemnización de perjuicios cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad de los recobros, en tanto no se accionó antes de que opere tal término, sin que sea dable revivir términos con fundamento en una acción indemnizatoria.

Finalmente, que la parte demandante no puede beneficiarse de su propia inacción y no es dable emitir un fallo *ultra y extra petita*.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante SANITAS EPS formuló recurso de alzada señalando que se consideró en la providencia de primera instancia, que en la demanda inaugural se debió pretender el reembolso de los dineros más no una indemnización de perjuicios, sustentando la decisión en el artículo 122 del Decreto 019 de 2002; no obstante, lo cierto es que si se surtió el trámite administrativo interno ante la encartada a efectos de deprecar el recobro, radicándose además reclamaciones administrativas y en sede de conciliación, por lo cual el proceso ordinario laboral es el mecanismo para dirimir la controversia, en tanto el

supuesto fáctico es claro en señalar que se asumió por la EPS tecnologías no cubiertas en el POS, hoy PBS, sin que exista una tarifa legal frente a la manera de encausar las pretensiones.

Aduce además que el *a-quo* debió inadmitir la demanda y sanear el proceso en la etapa procesal pertinente en el evento de estimar que las pretensiones estaban indebidamente formuladas, tal como lo sostuvo en la sentencia.

De otra parte, que se cuenta con la facultad de emitir un fallo *ultra y extra petita*, vulnerando la decisión el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, dado el tiempo durante el cual la parte demandante ha realizado el reclamo.

Refiere que la normativa atinente a prescripción del Decreto Ley 019 de 2002, fue derogado por el Decreto 2106 de 2019, y además tal término no puede entenderse como regulatorio del proceso laboral, en tanto el Estatuto Adjetivo Laboral, consagra el término de tres (3) años, el cual se interrumpe con el reclamo escrito.

Estima que el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2002 únicamente sería aplicable frente al reclamo administrativo, mas no en lo que respecta a la acción judicial.

Que el recobro solo se hace exigible tras el recobro que realiza la IPS a la EPS, data hasta la cual la accionante conoce de la existencia de la acreencia. Así las cosas, los servicios médico asistenciales operaron entre el 2012 y 2017, y la ratificación del formato MYT04 se dio el 21 de julio de 2017, y solo desde esa fecha empieza a contar el término prescriptivo, debiendo además tener en cuenta la interrupción que opera con la reclamación administrativa del año 2018, así como las conciliaciones fallidas.

Finalmente, que se debe acceder a los gastos administrativos al tratarse de una acción indemnizatoria, generándose un daño ante la carga administrativa que debió asumir para el cobro de las facturas, debiéndose aplicar la flexibilidad de la carga probatoria, sin que resulte desorbitante la presunción del 10%. De igual manera, debe accederse al pago de intereses moratorios, de conformidad con el Decreto 281 de 2002, así como la indexación ante la devaluación de la moneda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la EPS accionante tiene derecho al reconocimiento de perjuicios.

c. Del recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS:

Por mandato constitucional el derecho a la salud se encuentra garantizado para todos los habitantes, por tanto, fue concebido como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que prescriba el legislador (artículo 48 C.P).

Asimismo, la Corte Constitucional determinó que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente que debe ser tratado como tal y debe

garantizarse de forma integral a todo individuo, como de contera se ha expresado en la sentencia T-760 del 2008.

De cara a lo indicado, la Ley 100 de 1993 se encargó del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, puntualizando que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozan de un régimen de beneficios enmarcados dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

Así las cosas, en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se contempló el POS, hoy PBS, como aquel que permitiría la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Es así como el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, conforme lo dispuesto en la Resolución No 6408 del 2016, se encarga en la actualidad de precisar el conjunto de servicios para la atención en salud a los que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho y se encuentra contenido en los Acuerdos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, junto con sus anexos.

De esta forma, la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario que se preste cualquier tipo de servicios asistencial o económico, contemplado en el POS, hoy PBS, recibe como contraprestación un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC para el caso de los afiliados al régimen contributivo y mediante la liquidación mensual de afiliados, para el caso del régimen subsidiado.

No obstante, pese a que inicialmente se restringió la cobertura en servicios de Salud, exclusivamente respecto aquellos servicios previstos en el POS, la

jurisprudencia nacional en aras de garantizar el derecho a la salud, por vía de tutela brindó la cobertura en servicios de salud NO POS cuando quiera que se acreditara que los mismos resultaban indispensables para el amparo de los derechos fundamentales. Asimismo, en casos especiales han sido los mismos Comités Técnico Científicos de las EPS, quienes han considerado viable el suministro de servicios NO POS.

Luego, como quiera que los servicios no POS, hoy no PBS, no se encuentran cubiertos por las UPC, se previó vía jurisprudencial que los mismos fueran asumidos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA creado mediante el Decreto 1283 de 1996 con el objeto de permitir la operación de compensación en el régimen contributivo; a partir del 3 de agosto del 2017 las actividades a cargo del FOSYGA, fueron asumidas por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 del 2015, la cual fue creada con el fin de garantizar el flujo y controles de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 2948 del 2003 se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el POS, hoy PBS, que fueren autorizados por los Comités Técnico-Científicos, y mediante la Resolución No. 2949 de la misma anualidad se previó el procedimiento previsto para el recobro de procedimientos ordenados por fallos de tutela. Disposiciones normativas que se encargaron de establecer inicialmente los procedimientos y documentos que debían ser tenidas en cuenta por las EPS para realizar el recobro de los servicios; posteriormente modificados y complementados entre otras por las Resoluciones Nos. 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012 y finalmente la Resolución 458 del 2013 por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el FOSYGA, la Resolución 832 del 2013, mediante la cual se definen los

términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros, y la Resolución No 1479 del 2015 por la cual se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

Debe acotarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075 del 19 de mayo de 2021:

“Para dilucidar lo anterior, es importante recordar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 218 dispuso la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, encargada de administrar los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se maneja por encargo fiduciario, con el fin de lograr una atención sanitaria prioritaria y de calidad para aquellos que la requieren, sean contribuyentes o no.

“Así mismo, el artículo 219 ibidem, estructuró dicho fondo a partir de cuatro subcuentas independientes: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud y, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Fosyga fue sustituida en sus funciones por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, desde el 1 de agosto de 2017, conforme lo establecido en la Ley 1753 de 2015.

“Ahora bien, el derecho al recobro por beneficios extraordinarios surge por tratarse de un pago realizado por la EPS, al que no se encuentra obligada ni legal ni reglamentariamente, y que le acarrearía la falta de flujo en los recursos y, por ende, su afectación en la sostenibilidad financiera, ya que los dineros que recibe a título de Unidad de Pago por Capitación - UPC, que es el valor per cápita que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada Entidad Promotora de Salud



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por la organización y garantía de la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, deben destinarse exclusivamente a costear los servicios de ese plan (POS). Así, el Estado actúa como garante del goce efectivo del derecho a la salud, y es a quien le corresponde reembolsar los valores gastados por las EPS por conceptos ajenos al POS, con la finalidad de que se garantice la prestación ininterrumpida del servicio a sus afiliados y usuarios.

“El Decreto 1281 de 2002 emitido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 4 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001 y «Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación», en su artículo 1 señala lo siguiente:

“Artículo 1. Eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos. Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna.

“La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país.(Subraya la Sala).

Ahora bien, en materia de glosas se tiene que la Ley 1281 del 2002 en su artículo 7º se encargó de regular lo pertinente, en los siguientes términos:

“[...] además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.”

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, fija el trámite de las Glosas de la siguiente manera:

“Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

“Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

En ese orden de ideas, resulta palmario que, si la parte accionante cubrió tecnologías y servicios no incluidas en el POS, hoy PBS, tiene a su alcance accionar en contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a efectos de deprecar el pago de los rubros que haya destinado a la cobertura antes mencionada.

Una vez determinado lo anterior se tiene que el *a-quo* fundamentó la absolución de las pretensiones, en el hecho que por activa se acciona un reconocimiento de perjuicios con posterioridad al vencimiento del término de caducidad que regula el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002 y los artículos 111 y 122 del Decreto Ley 019 de 2012.

Sobre el particular tales disposiciones establecen:

“DECRETO LEY 1281 DE 2002:

“Artículo 7º: TRÁMITE DE LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.”

DECRETO LEY 019 DE 2012:

“Artículo 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

“Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

“PARÁGRAFO 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.

“[...]

“Artículo 122: Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores. Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago.

“Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, a juicio de la Sala dichas preceptivas en efecto resultan aplicables al reclamo administrativo que se surte ante el FOSYGA, actualmente ante el ADRES, más en manera alguna modifican o regulan el término prescriptivo que tal como lo ha establecido el Consejo de Estado es de tres (3) años al tratarse del recobro de facturas, tal como se analizará con posterioridad.

De otra parte, resulta evidente que el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002, establece como sanción por no radicar el recobro dentro de los seis (6) meses siguientes, que no haya lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, lo cual en manera alguna comprende el pago del recobro deprecado por los servicios no incluidos en el POS, hoy PBS, pues tal normativa no regula la pérdida o extinción de tal derecho, el cual, a diferencia de lo estimado por el *a-quo*, es dable deprecarlo bajo la figura de la indemnización de perjuicios a título de lucro cesante, pues en últimas se solicita la devolución de los dineros destinados a cubrir servicios de salud no cubiertos por el POS, en virtud del cumplimiento de fallos de tutela o de actas del Comité Técnico Científico.

La Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004 señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“73. Visto el artículo 13 del Decreto Ley núm. 1281 de 2002, sobre los términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga, el precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

“[...] 4.2 El análisis de los cargos por el supuesto desconocimiento de los objetivos fijados en la Ley de facultades en materia de eficiencia en la gestión de los recursos destinados al sistema de seguridad social en salud, así como por la supuesta vulneración de los artículos 48, 49 y 209 superiores.

“[...]

“Concretamente afirma que dicho artículo dilata el flujo de recursos necesarios para asumir el costo de la prestación de servicios de salud, al obligar a particulares y entidades públicas a someterse al trámite de procesos judiciales para obtener el pago de obligaciones que pueden ser reconocidas directamente por la vía administrativa y que son exigibles por principio a través de este mecanismo, con lo que en vez de mejorarse el flujo de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud, éstos terminarán destinados a actividades que no se relacionan con la prestación del servicio y con el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

“Al respecto la Corte llama la atención sobre el hecho de que el supuesto del que parte la actora solamente se dará si precisamente pasados seis meses desde i) la generación o ii) “establecimiento de la obligación de pago, o iii) de la ocurrencia del evento, según corresponda, no se ha acudido a la administración para efectuar el cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga.

“La norma obliga en efecto a efectuar las reclamaciones en el término señalado so pena, no de perder el derecho al pago de la obligación de que se trate -el cual podrá obtenerse en todo caso por vía judicial pasado dicho término- sino de la posibilidad de reclamarla por vía administrativa ante el Fosyga.

En ese orden de ideas, es claro que el hecho de radicar de manera extemporánea la solicitud de recobro, no aparece como consecuencia el desconocimiento de la obligación a cargo del FOSYGA, hoy ADRES, sino solo la imposibilidad de reclamarlas vía administrativa, motivo por el cual, de acreditarse el cumplimiento de los requisitos del recobro, es dable acceder a su pago vía judicial.

Una vez determinado lo anterior, se procede al estudio de las pretensiones contenidas en la demanda, debiéndose inicialmente y por efectos de la cantidad de facturas cuyo pago se depreca, analizar la excepción de prescripción.

d. Excepción de Prescripción:

Tal como se estableció con anterioridad, el recobro de los emolumentos por parte de la EPS prescribe en el término de tres (3) años. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

“La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*“Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

De otra parte, se tiene que de conformidad con el artículo 6º *ejusdem*, la reclamación administrativa interrumpe el término prescriptivo.

Ahora bien, a efectos de establecer la fecha desde la cual la obligación se hace exigible, se tiene que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia del 2 de diciembre de 2021, Radicación No. 25000-23-24-000-2010-00225-01, señaló:

*“93. En suma, el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, establece que las reclamaciones que deban atenderse con recursos de cualquiera de las subcuentas del FOSYGA, deben presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o a la ocurrencia del evento y, **tratándose de recobros por prestación de servicios médicos excluidos del POS, la obligación de pago a cargo del FOSYGA, surge una vez que la EPS, ARS o EOC ha pagado con recursos propios dicho servicio, por cuanto de lo contrario no hay lugar al reembolso.***

Así las cosas, la EPS tiene a su alcance iniciar la acción judicial una vez haya realizado el pago, lo cual la habilita para solicitar judicialmente el recobro.

Una vez determinado lo anterior, y de la revisión de la base de datos aportada al plenario, así como del dictamen pericial, se tiene que las Tecnologías en Salud asumidas por SANITAS EPS, corresponden al periodo comprendido entre 15 de junio de 2012 y el 30 de marzo de 2017.

De igual manera, la reclamación administrativa se efectuó el 4 de diciembre de 2018, la cual interrumpe por una única vez el término prescriptivo, de tal manera que resulta evidente la configuración de la excepción de prescripción de los recobros de las tecnologías en salud prestadas con anterioridad al 4 de diciembre de 2015.

En ese orden ideas, se encuentran prescritas las siguientes facturas:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Radicación	Cédula	Tecnología de la Salud	Valor	Fecha
120348157	20185290	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	2.875.625,00	19/11/2014
116468126	52442307	MABTHERA ® CONCENTRADO	11.848.988,00	2/07/2015
115029200	66807256	DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	5.685.490,00	6/11/2014
115029131	66807256	MABTHERA ® CONCENTRADO	5.747.378,00	27/11/2014
114971120	52663014	DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	11.848.988,00	14/07/2015
114970553	41695089	MABTHERA ® CONCENTRADO	5.872.442,00	8/07/2015
114970552	41695089	DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	5.872.442,00	22/07/2015
114752400	52663014	MABTHERA ® CONCENTRADO	5.658.146,00	30/09/2014
114752391	19062444	DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	5.854.586,00	22/05/2015
117533370	34527376	MABTHERA ® CONCENTRADO	5.946.803,48	29/07/2015
113193512	1016027411	DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	5.658.146,00	31/10/2014
120348157	20185290	MABTHERA ROCHE SOLUCION PARA INFUSION 10 MG/ML	570.725,00	19/11/2014
120346688	159034	MABTHERA ROCHE SOLUCION PARA INFUSION 10 MG/ML	556.921,00	10/08/2015
112664232	39683887	MABTHERA®CONCENTRADODESO LUCIÓNPARAINFUSIÓN500MG/50ML	5.869.942,00	9/07/2015
114131854	17118752	MAGNESIO 400MG TAB NATURAL NUTRITION FCO X 100	20.650,00	25/09/2015
113874629	17118752	MAGNESIO 400MG TAB NATURAL NUTRITION FCO X 100	20.650,00	30/09/2015
112618716	17118752	MAGNESIO 400MG TAB NATURAL NUTRITION FCO X 100	20.650,00	18/07/2015
119995365	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	20.112,00	10/11/2015
119995296	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	17.992,00	14/10/2015
119995235	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	17.992,00	15/09/2015
119995200	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	17.992,00	13/08/2015
112116937	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	17.992,00	13/07/2015
111774051	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	18.333,00	12/06/2014
112007593	9,6073E+10	MARTESIA® 75 MG	119.010,00	23/04/2015
121423794	1020714304	Medicamentos importados	245.740,00	2/12/2015
121423681	1020714304	Medicamentos importados	237.040,00	29/10/2015
121423680	1020714304	Medicamentos importados	237.040,00	29/10/2015
115089705	84036991	MEDICAMENTOS IMPORTADOS	50.448.480,00	14/11/2015
113143334	19313883	MEDICAMENTOS IMPORTADOS	89.979.370,00	29/08/2015
113143197	19313883	MEDICAMENTOS IMPORTADOS	89.979.370,00	28/08/2015
113142582	19313883	MEDICAMENTOS IMPORTADOS	89.979.370,00	28/08/2015
111975347	19111781	MEDICAMENTOS IMPORTADOS	114.322.356,00	3/07/2015
112423974	79620203	MELATONINA3MGTABLETAS	7.810,00	9/04/2015
120114006	19435339	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	5.736,00	9/11/2015
119201874	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	6.000,00	21/08/2015



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

119201826	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	6.000,00	27/10/2015
118170730	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	6.000,00	28/09/2015
115604377	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	6.000,00	28/11/2015
114752627	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	18.810,00	11/08/2014
114752508	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	5.850,00	25/03/2015
114971807	13016170	MEMANTINA 10 MG TABLETAS	59.006,00	14/10/2015
114971345	13016170	MEMANTINA 10 MG TABLETAS	57.090,00	11/09/2015
114970828	13016170	MEMANTINA 10 MG TABLETAS	29.308,00	14/08/2015
115447635	13016170	MEMANTINA 10 MG	42.690,00	13/11/2015
117489651	63323494	MEMANTINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	57.090,00	14/09/2015
117385456	63323494	MEMANTINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	57.090,00	26/10/2015
119267056	38665179	MESNA X 400MG	963.020,00	8/10/2014
118170738	40013457	METATITANE® POMADA	12.520,00	30/09/2015
112862910	2945346	MICARDISCOMPRIADOS80MG.	436.320,00	20/08/2015
115090196	52806130	MILPAX SUSPENSION	67.130,00	4/11/2015
115090196	52806130	MILPAX SUSPENSION	68.263,00	4/11/2015
114132682	26400408	MILPAX SUSPENSION	76.716,80	16/10/2014
113531172	41353600	MILPAX SUSPENSION	68.263,00	15/09/2015
113193741	14882571	MILPAX SUSPENSION	241.750,00	15/05/2015
112047122	14882571	MILPAX SUSPENSION	241.750,00	18/06/2015
111199808	14882571	MILPAX SUSPENSION	198.400,00	18/02/2015
111199734	14882571	MILPAX SUSPENSION	79.350,00	13/03/2015
112618885	19132720	MILPAXSUSPENSION	84.116,80	30/07/2015
112423795	14882571	MILPAXSUSPENSION	241.750,00	13/04/2015
112423779	14882571	MILPAXSUSPENSION	119.950,00	17/04/2015
115448969	51785265	MINOCICLINA 100 MG.	107.200,00	24/07/2015
113920561	51785265	MINOCICLINA 100 MG.	161.400,00	24/02/2015
120240204	29065020	MIRTAPAX ®	141.030,00	1/12/2015
114752557	79599628	MIRTAPAX ®	70.320,00	18/04/2015
115089738	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	11/11/2015
114971833	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	14/10/2015
114971468	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	13.370,00	11/09/2015
114752799	79599628	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	17/06/2015
114752547	8013995	MOBIC TABLETAS 15 MG	717.480,00	14/04/2015
114083953	8013995	MOBIC TABLETAS 15 MG	538.050,00	19/01/2015
113874959	8013995	MOBIC TABLETAS 15 MG	746.280,00	1/10/2015
113367502	8013995	MOBIC TABLETAS 15 MG	746.280,00	1/09/2015
112223304	8013995	MOBIC TABLETAS 15 MG	746.280,00	9/06/2015
119995369	31226924	MODUSIK- A OFTENÓ	328.780,00	10/11/2015
119995312	31226924	MODUSIK- A OFTENÓ	312.880,00	15/10/2015
119995232	31226924	MODUSIK- A OFTENÓ	312.880,00	8/09/2015



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

119995213	31226924	MODUSIK- A OFTENOS	156.030,00	6/08/2015
119995172	31226924	MODUSIK- A OFTENOS	312.880,00	3/07/2015
119995159	31226924	MODUSIK- A OFTENOS	286.780,00	1/06/2015
112223603	38443275	MODUSIK- A OFTENOS	299.380,00	1/04/2015
25461523	2444589	MONIS ® COMPRIMIDOS DE 20MG	8.780,00	15/06/2012
114970369	28862480	MONIS ® COMPRIMIDOS DE 20MG	77.490,00	6/06/2015
112223951	1141514877	MONOVEL® CREMA	105.022,00	30/05/2015
115447320	1006183362	MONTELUKAST 5 MG TABLETAS MASTICABLES	19.200,00	18/11/2015
114971471	1006183362	MONTELUKAST 5 MG TABLETAS MASTICABLES	19.200,00	15/09/2015
111201003	1000149279	MONTELUKAST 4 MG TABLETA MASTICABLE	33.240,00	4/02/2014
115448125	28529511	MOVIFLEX® POLVO	119.370,00	30/11/2015
114132411	28028521	MOVIFLEX® POLVO	239.430,00	13/10/2015
120110881	19125692	MOXIFLOXACINA 400 MG	74.896,00	21/01/2015
112047216	19074557	MUPICARE UNGUENTO 2 %	74.020,00	1/07/2015
120240109	51566918	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	23/11/2015
120240107	30055144	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	20/11/2015
120240048	52226666	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	219.290,00	14/11/2015
120240017	40043392	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	235.490,00	3/11/2015
120240016	1019007417	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	235.490,00	3/11/2015
120239918	44159135	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.390,00	31/08/2015
119550442	41740192	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	218.930,00	8/11/2014
118608063	52764511	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	219.290,00	16/10/2015
118607955	79687082	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	243.830,00	31/07/2014
117589750	52414554	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	243.830,00	14/03/2015
117485145	1214715252	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.390,00	3/09/2015
116314848	79515792	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	9/11/2015
116464443	19226686	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	235.490,00	25/07/2015
116468615	1032454624	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	235.490,00	17/11/2015
116529009	17590836	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	232.957,00	3/10/2015
116571985	1013600946	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	219.290,00	27/11/2015
116572024	80183319	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	235.490,00	14/11/2015
116572198	480840	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	1/12/2015
116751143	13821850	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	26/10/2015
116751146	37794358	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	30/10/2015
115036318	35462975	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.390,00	19/08/2015
114752295	16719668	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	219.290,00	9/02/2015
114544736	1188221018	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	27/03/2015
115293671	80398525	MUTUM CR 10 MG	112.320,00	24/11/2015
115448951	52144043	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	17/07/2015
116468094	52144043	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	20/02/2015
111538973	14882571	MUTUM CR 10 MG	35.880,00	12/06/2015



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

111538973	14882571	MUTUM CR 10 MG	16.770,00	12/06/2015
111194123	91160008	MUTUM CR 10 MG	112.160,00	5/06/2015
111173381	80398525	MUTUM CR 10 MG	56.160,00	8/05/2015
111173381	80398525	MUTUM CR 10 MG	37.440,00	8/05/2015
114752632	52144043	MUTUM CR 10 MG	16.770,00	22/08/2014
114752632	52144043	MUTUM CR 10 MG	35.880,00	22/08/2014
114752599	52144043	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	19/06/2014
114205512	91160008	MUTUM CR 10 MG	112.320,00	11/07/2015
113605314	80398525	MUTUM CR 10 MG	102.420,00	21/09/2015
113531237	14882571	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	10/09/2015
113367603	14882571	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	13/08/2015
112163134	80398525	MUTUM CR 10 MG	35.880,00	22/07/2015
112047122	14882571	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	18/06/2015
112861752	14882571	MUTUMCR10MG	54.990,00	9/07/2015
112841889	80398525	MUTUMCR10MG	102.420,00	28/03/2015
112665877	91160008	MUTUMCR10MG	112.320,00	5/08/2015
112663981	14882571	MUTUMCR10MG	54.990,00	10/04/2015
112633770	52144043	MUTUMCR10MG	54.990,00	13/05/2014
112633765	52144043	MUTUMCR10MG	54.990,00	13/03/2014
119524330	79463690	MUVETT S	247.140,00	3/02/2015
119508147	1110577567	MUVETT S	164.700,00	25/11/2015
119507991	1110577567	MUVETT S	164.700,00	16/10/2015
115448836	8774632	MUVETT S	74.016,00	9/06/2015
115090196	52806130	MUVETT S	247.140,00	4/11/2015
129146480	1193572661	MYFORTIC® COMPRIMIDOS GASTRORRESISTENTES 360 MG	81.900,00	17/04/2014
114880140	9,808E+10	NASONEX® SPRAY NASAL	33.318,00	29/10/2015
114335185	1007717810	NASONEX® SPRAY NASAL	33.318,00	20/10/2015
113874531	1007717810	NASONEX® SPRAY NASAL	33.318,00	30/09/2015
112224421	1025539215	NASONEX® SPRAY NASAL	33.318,00	25/07/2015
112222576	1141116123	NASONEX® SPRAY NASAL	18.022,00	21/07/2015
112047001	1025539215	NASONEX® SPRAY NASAL	18.022,00	30/06/2015
112862730	1141116123	NASONEX®SPRAYNASAL	18.022,00	24/08/2015
112007577	1016723035	NEDOX GRÁNULOS GASTRORESISTENTES PARA SUSPENSIÓN ORAL	137.730,00	21/04/2015
117384682	36549738	NEURO 15 FOSFORO MULTIPLES COMPONENTES CAP CAJ X 20	87.950,00	11/05/2015
117384623	36549738	NEURO 15 FOSFORO MULTIPLES COMPONENTES CAP CAJ X 20	27.410,00	28/04/2015
119508181	37815211	NEUROBION ® DC 10000	59.848,00	3/12/2015
117489512	10517261	NEURONTIN 300 MG	37.530,00	20/08/2015
117385230	10517261	NEURONTIN 300 MG	37.530,00	4/09/2015
117385094	10517261	NEURONTIN 300 MG	37.530,00	6/06/2015



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

117384844	9,8012E+10	NEURONTIN 300 MG	37.530,00	11/06/2015
111170069	36825269	NEURONTIN 300 MG	18.270,00	25/05/2015
113249504	88143325	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	114.570,00	30/06/2015
113248115	88143325	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	114.570,00	1/06/2015
115448682	86045317	NEURONTIN 400 MG CAPSULAS	153.090,00	1/12/2015
112670826	36825269	NEURONTIN300MGCAPSULAS	37.530,00	5/08/2015
112633740	86045317	NEURONTIN400MGCAPSULAS	152.940,00	6/02/2015
114971579	81715289	NEXIUM MUPS® 20 MG	55.290,00	24/09/2015
119995562	1098741117	NEXIUM MUPS® 40 MG	51.558,00	3/12/2015
117441842	6228270	NIFLAMIN PL CAPSULAS 7.5 MG	271.560,00	1/12/2015
116467549	2018949	NISTATINA + OXIDO DE ZINC UNGÜENTO	16.720,00	1/10/2015
112047558	20036002	NORAVER	40.356,00	4/07/2015
111538791	93368754	NORTRICOL 200 CAPSULAS	61.650,00	18/06/2015
112224420	93368754	NORTRICOL 200 CAPSULAS	61.650,00	25/07/2015
120112961	453566	NOVOMIX 30	90.150,00	8/10/2015
119525668	2023972	NOVOMIX 30	42.850,00	4/11/2015
117663505	40175671	NOVOMIX 30	291.850,00	24/09/2015
117663481	248408	NOVOMIX 30	242.050,00	21/09/2015
117662463	453566	NOVOMIX 30	42.850,00	2/07/2015
115232845	2023972	NOVOMIX 30	142.450,00	24/11/2015
115233257	1405640	NOVOMIX 30	245.800,00	2/12/2015
115238111	19206637	NOVOMIX 30	397.450,00	3/12/2015
115292937	438147	NOVOMIX 30	391.450,00	26/11/2015
115299549	79286112	NOVOMIX 30	192.250,00	25/11/2015
111197024	40175671	NOVOMIX 30	291.850,00	9/06/2015
111193251	438147	NOVOMIX 30	142.450,00	3/06/2015
111179594	2023972	NOVOMIX 30	40.350,00	20/05/2015
111178067	2023972	NOVOMIX 30	92.650,00	29/05/2015
111164949	453566	NOVOMIX 30	42.850,00	22/05/2015
111161226	40175671	NOVOMIX 30	291.850,00	20/05/2015
113768242	79286112	NOVOMIX 30	192.250,00	13/05/2015
113767796	20167295	NOVOMIX 30	491.050,00	12/07/2015
113626988	79286112	NOVOMIX 30	192.250,00	29/04/2015
113626261	438147	NOVOMIX 30	365.350,00	8/07/2015
113555357	17065187	NOVOMIX 30	291.850,00	28/04/2015
113405694	248408	NOVOMIX 30	142.450,00	12/09/2015
113400156	2023972	NOVOMIX 30	42.850,00	4/09/2015
113399322	1405640	NOVOMIX 30	391.450,00	4/09/2015
113366071	20167295	NOVOMIX 30	491.050,00	8/09/2015
113142543	453566	NOVOMIX 30	42.850,00	27/08/2015
113140893	40175671	NOVOMIX 30	291.850,00	27/08/2015



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

112807525	17065187	NOVOMIX 30	242.050,00	28/04/2015
112610583	453566	NOVOMIX 30	42.850,00	16/04/2015
112373865	1405640	NOVOMIX 30	391.450,00	14/04/2015
112165839	79286112	NOVOMIX 30	242.050,00	27/07/2015
112163749	248408	NOVOMIX 30	242.050,00	25/07/2015
112116234	248408	NOVOMIX 30	242.050,00	10/04/2015
112077849	453566	NOVOMIX 30	42.850,00	27/03/2015
112045988	40175671	NOVOMIX 30	291.850,00	7/04/2015
112011127	79286112	NOVOMIX 30	211.950,00	25/06/2015
111976829	1405640	NOVOMIX 30	192.250,00	7/07/2015
111976339	40175671	NOVOMIX 30	291.850,00	6/07/2015
112892334	20167295	NOVOMIX30	488.550,00	10/08/2015
112857114	19206637	NOVOMIX30	391.450,00	20/08/2015
112857084	19206637	NOVOMIX30	391.450,00	20/08/2015
112856721	248408	NOVOMIX30	42.850,00	15/08/2015
112855734	40175671	NOVOMIX30	281.950,00	19/08/2015
112852471	2023972	NOVOMIX30	92.650,00	13/08/2015
112851168	438147	NOVOMIX30	391.450,00	15/08/2015
112845836	2023972	NOVOMIX30	92.650,00	6/08/2015
112842912	1405640	NOVOMIX30	388.950,00	18/08/2015
112839045	20167295	NOVOMIX30	488.550,00	14/08/2015
112673154	2023972	NOVOMIX30	92.650,00	29/07/2015
112413853	453566	NOVOMIX30	42.850,00	29/07/2015
116468140	31539669	NUCTIS D GOTAS ORALES	50.886,00	20/02/2015
118503737	6198549	OBAGUI NU DERM BLENDER REF 7003 UND	291.539,00	24/11/2015
118503704	6198549	OBAGUI NU DERM BLENDER REF 7003 UND	301.439,00	24/11/2015
118503628	6198549	OBAGUI NU DERM BLENDER REF 7003 UND	301.439,00	25/11/2015
119995275	12105381	OGASTRO 30 MG	199.090,00	8/10/2015
119995229	12105381	OGASTRO 30 MG	207.350,00	9/09/2015
115448836	8774632	OGASTRO 30 MG	42.774,00	9/06/2015
115090196	52806130	OGASTRO 30 MG	432.950,00	4/11/2015
114752588	91523381	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	11.700,00	7/02/2014
120649945	79690938	OLANZAPINA 5 MG TABLETAS RECUBIERTAS	1.470,00	23/01/2015
54018266	28261129	OLANZAPINA 5 MG TABLETAS RECUBIERTAS	2.905,00	28/12/2012
54018266	28261129	OLANZAPINA 5 MG TABLETAS RECUBIERTAS	3.610,00	28/12/2012
112007381	1000532533	OLANZAPINA 5 MG TABLETAS RECUBIERTAS	10.380,00	4/03/2015
112007276	1000532533	OLANZAPINA 5 MG TABLETAS RECUBIERTAS	7.880,00	30/01/2015
114752589	91523381	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	10.080,00	14/03/2014
119507813	22862923	OLOPAT 0.2%	49.128,00	18/03/2015
115090453	17196660	OMNIC OCAS COMPRIMIDOS RECUBIERTOS DE LIBERACION PROLONGADA	49.410,00	18/11/2015

112222230	19093977	OMNIC OCAS COMPRIMIDOS RECUBIERTOS DE LIBERACION PROLONGADA	49.410,00	13/07/2015
113920018	20007039	ONDAX® 8 MG TABLETAS	27.490,00	27/04/2015
115448534	1128275047	OPTIVE ®	37.367,00	30/11/2015
115448851	42488926	OPTIVE ®	35.206,00	19/06/2015
114879826	25293237	OPTIVE ®	37.367,00	29/10/2015
112044901	13744205	OPTIVE ®	69.832,00	14/03/2015
111774036	42488926	OPTIVE ®	34.506,00	29/01/2015
112619604	42488926	OPTIVE®	37.367,00	4/08/2015
116464147	88246022	OXCARBAZEPINA 300 MG	50.928,00	16/02/2015
116464215	88246022	OXCARBAZEPINA 300 MG	63.660,00	1/04/2015
113920746	57427449	OXCARBAZEPINA 300 MG	3.320,00	5/05/2015
113920720	21550477	OXCARBAZEPINA 300 MG	18.405,00	28/04/2015
113920135	88246022	OXCARBAZEPINA 300 MG	53.760,00	30/04/2015
113920134	14962981	OXCARBAZEPINA 300 MG	24.870,00	9/05/2015
113330579	41316938	OXCARBAZEPINA 300 MG	37.800,00	10/12/2014
113330362	88246022	OXCARBAZEPINA 300 MG	7.980,00	4/03/2015
113367210	88246022	OXCARBAZEPINA 300 MG.	17.535,00	6/10/2014
113920594	31208576	OXCARBAZEPINA 600 MG	22.170,00	28/02/2015
112162850	41472026	OXCARBAZEPINA 600 MG	34.850,00	24/07/2015
112633773	31208576	OXCARBAZEPINA600MG	31.050,00	2/07/2014
113369164	5465668	OXICODAL 600 MG	63.090,00	2/01/2015
TOTAL			\$549.582.685	

e. Tecnologías en Salud: (Lucro cesante)

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el plenario se decretó como prueba un dictamen pericial, en el cual se analizaron los servicios en salud prestados, si los mismos se encuentran o no incluidos en el POS, hoy PBS, así como el cumplimiento de los requisitos para su reconocimiento, llegándose a la siguiente conclusión general (Fl. 78):

AGRUPACION	CANTIDA DDE ITEMS	VALOR	CALIFICACION PERICIAL
2018_BASE_041. TECNOLOGIAS EN SALUD NO POS SUMINISTRADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5261 DE 1994,			

ACUERDO 008 DE 2009, ACUERDO 029 DE 2011, RESOLUCION 5521 DE 2013, RESOLUCION 5592 SE 2015 hasta resolución 5269 de2017. Tecnologías en salud entregadas por SANITAS EPS, en el periodo comprendido entre 15 de junio de 2012 y el 30 de marzo de 2017 TECNOLGIAS NO POS CON IMAGEN TABLA 10.1	496 (479 RECOBROS)	\$ 824.579.148,48	NO POS con imágenes
TOTAL	496	\$ 824.619.504,48	NO POS
AGRUPACION	CANTIDAD DE ITEMS	VALOR	CALIFICACION PERICIAL
2018_BASE_041. TECNOLOGIAS EN SALUD NO POS SUMINISTRADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5261 DE 1994,ACUERDO 008 DE 2009, ACUERDO 029 DE 2011, RESOLUCION 5521 DE 2013, RESOLUCION 5592 SE 2015 hasta resolución 5269 de 2017. Tecnologías en salud entregadas por SANITAS EPS, en el periodo comprendido entre 15 de junio de 2012 y el 30 de marzo de2017 TECNOLGIAS POS CON IMAGEN TABLA 10.2	2	\$ 92.431,00	POS

Así las cosas, no le asiste a la EPS el recobro de las tecnologías en salud incluidas en el POS, hoy PBS, las cuales ascienden a la suma de \$92.431, y que se detallan así:

Radicad o Fosyga	Servicio	Valor de Recobro	OBSERVACIÓN DEL PERITO 1
120110881	MOXIFLOXACIN A 400 MG	\$ 74.896,00	<i>“En conclusión, SE CONSIDERA QUE ES UNA TECNOLOGIA EN SALUD POS y NO debe ser recobrada a la ADRES. SE EVIDENCIA SOPORTES COMPLETOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO”.</i>
113367210	OXCARBAZEPIN A 300 MG.	\$ 17.535,00	<i>“En conclusión, SE CONSIDERA QUE ES UNA TECNOLOGIA EN SALUD POS y NO debe ser recobrada a la ADRES. SE EVIDENCIA SOPORTES COMPLETOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO”.</i>

De igual manera, frente a las glosas que fueran establecidas frente a cada una de las facturas, se conceptuó:

GLOSAS	OBSERVACION
1-02 -- El medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico - Científico, según el caso.	Se evidencia fallo de tutela completo y legible con formatos de justificación médica y que corresponden al usuario objeto del recobro
3501 El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	
3502 El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	
3505 El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	
3506 El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	
3507 El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	
3509 El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	
3805 El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA La tecnología recobrada objeto de la solicitud corresponde a una prestación no financiada con recursos del SGSSS y no se encuentra ordenada de manera expresa en el fallo de tutela o tratándose de fallos de tutela integrales no se adjunta el Formato de justificación médica	
1-03 Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	Se mantiene la glosa a dos recobros, los servicios se encuentran incluidos en el POS120110881, 113367210
3201 La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio	Se evidencia que el usuario se encuentra activo en la base de datos de BDUA para la fecha de prestación de servicio
3002 Los datos del usuario no corresponden a los registrados en la BDUA - BDEX	
3101 El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio	
3301 La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario	Se evidencia orden médica completa y legible
3304 La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario	
3406 El Acta de CTC no se aporta o no contiene la información requerida por la normativa vigente	Se evidencia acta de CTC completo y legible
3602 No se evidencia la entrega de la tecnología en salud NO POS objeto de recobro	Se evidencia soportes completos y legibles y que corresponden al usuario que dan fe que el servicio fue efectivamente prestado
3803 El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA La Tecnología en salud NO POS es consecuencia de un accidente de tránsito y aún no se ha agotado la cobertura SOAT.	Se evidencia que para la fecha de prestación del servicio ya se había cumplido los topes de cobertura SOAT
3804 El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA La Tecnología en salud NO POS es consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad de origen laboral.	Se mantiene la glosa a 17 recobros. se deben presentar ante la ARL por ser accidente de trabajo. 120648797, 120362896, 119201874, 119201826, 118572556, 118170730, 115604377, 114752627, 114752508, 120363167, 119996327, 116465440, 114752547, 114083953, 113874959, 113367502, 112223304.

4001 El recobro o la objeción se presenta fuera de los términos establecidos El recobro fue presentado con posterioridad al año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento	Se evidencia que el recobro no fue presentado con posterioridad al año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento
4201 -- El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente	Se evidencia que el recobro se encuentra bien liquidado, de acuerdo a la normatividad vigente para la fecha de prestación del servicio

Del anterior recuento se advierte que se encontraron justificadas las siguientes glosas, atinentes a que deben ser recobradas a la ARL por corresponder a eventos ATEP:

Número recobro	ID.	Número	Nombre	Tecnología en Salud	Valor	Fecha
120648797	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	6.030,00	28/12/2015
120362896	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	6.030,00	6/05/2016
119201874	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	6.000,00	21/08/2015
119201826	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	6.000,00	27/10/2015
118572556	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	6.030,00	1/03/2016
118170730	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	6.000,00	28/09/2015
115604377	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	6.000,00	28/11/2015
114752627	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	18.810,00	11/08/2014
114752508	CC	13718022	Niño Pérez Cleves Ali	Meloxicam 15 mg tabletas	5.850,00	25/03/2015
120363167	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	181.140,00	10/05/2016
119996327	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	362.520,00	14/04/2016
116465440	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	746.280,00	29/12/2015
114752547	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	717.480,00	14/04/2015
114083953	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	538.050,00	19/01/2015

113874959	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	746.280,00	1/10/2015
113367502	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	746.280,00	1/09/2015
112223304	CC	8013995	Macías Londoño Jesús Alberto	Mobic tabletas 15 mg	746.280,00	9/06/2015

Así las cosas, se deben excluir de la condena aquellos recobros que se presentaron respecto de Tecnologías de la Salud que se encontraban incluidas en el POS (120110881 y 113367210), así como las que deben ser reconocidas por la ARL (120648797, 120362896, 119201874, 119201826, 118572556, 118170730, 115604377, 114752627, 114752508, 120363167, 119996327, 116465440, 114752547, 114083953, 113874959, 113367502, 112223304); y finalmente, las que se encuentran prescritas.

Respecto de las restantes tecnologías en salud, se conceptuó que en efecto no se encuentran incluidas en el POS, hoy PBS, y se cumplieron a cabalidad los requisitos para su reembolso por el ADRES, así:

Radicado Fosyga	Número de identificación	Servicio	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servicio	CONCEPTO PERICIAL
122804511	12137927	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	5.631.546,00	12/08/2016	NO POS
122634108	52344092	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	11.608.092,00	13/08/2016	NO POS
121763076	20743756	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	6.076.250,00	12/07/2016	NO POS
121062624	34527376	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	6.100.766,00	17/03/2016	NO POS
117717784	52442307	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	5.872.442,00	16/02/2016	NO POS
117484921	12137927	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	5.872.442,00	5/02/2016	NO POS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

120719130	17091202	MABTHERA ® CONCENTRADO DE SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN 500 MG / 50 ML	1.841.296,20	19/05/2016	NO POS
120719130	17091202	MABTHERA ROCHE SOLUCION PARA INFUSION 10 MG/ML	48.331,20	19/05/2016	NO POS
117442228	17118752	MAGNESIO 400MG TAB NATURAL NUTRITION FCO X 100	20.650,00	27/01/2016	NO POS
121760331	14882571	MAGNESIUM 250MG TAB FCO X 100	21.067,00	21/06/2016	NO POS
124635253	41487878	MAGNESIUM 350MG TAB FCO X 100	16.800,00	15/10/2016	NO POS
122997772	41487878	MAGNESIUM 350MG TAB FCO X 100	16.800,00	20/08/2016	NO POS
120361778	41487878	MAGNESIUM 350MG TAB FCO X 100	16.800,00	29/04/2016	NO POS
121760828	17118752	MAGNESIUM OXIDE 400MG FCO X 100	15.449,00	23/06/2016	NO POS
121050658	17118752	MAGNESIUM OXIDE FCO X 100 400MG	26.049,00	13/06/2016	NO POS
120362579	17118752	MAGNESIUM OXIDE FCO X 100 400MG	26.049,00	4/05/2016	NO POS
119501762	17118752	MAGNESIUM OXIDE FCO X 100 400MG	26.049,00	14/04/2016	NO POS
119500454	17118752	MAGNESIUM OXIDE FCO X 100 400MG	26.049,00	8/04/2016	NO POS
116466413	17118752	MAGNESIUM OXIDE FCO X 100 400MG	28.093,00	7/01/2016	NO POS
122804501	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	21.067,00	16/08/2016	NO POS
120580220	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	21.383,00	13/05/2016	NO POS
119996293	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	21.383,00	15/04/2016	NO POS
119996082	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	21.383,00	15/03/2016	NO POS
119995874	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	19.427,00	16/02/2016	NO POS
115603634	19234960	MAGNESIUM TAB FCO X 100	19.427,00	11/12/2015	NO POS
121338415	79463690	MEBEMINT ® TABLETAS	310.140,00	24/06/2016	NO POS
118162178	79463690	MEBEMINT ® TABLETAS	201.600,00	4/03/2016	NO POS
122427185	84036991	Medicamentos importados	48.014.172,00	24/05/2016	NO POS
122427180	84036991	Medicamentos importados	48.014.172,00	13/05/2016	NO POS
119777862	36575384	Medicamentos importados	47.801.652,00	26/04/2016	NO POS
115604004	84036991	MEDICAMENTOS IMPORTADOS	37.724.820,00	10/12/2015	NO POS
121049603	29647519	MEDROL 16 MG TABLETAS	161.760,00	7/06/2016	NO POS
121760927	99021310685	MELATONIN 3 MG TABLETS	13.510,00	23/06/2016	NO POS
118170045	79620203	MELATONIN 3 MG TABLETS	13.510,00	1/03/2016	NO POS
120647908	1097498861	MELATONINA 3 MG TABLETAS	8.160,00	20/05/2016	NO POS
120648797	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	6.030,00	28/12/2015	NO POS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

118572556	13718022	MELOXICAM 15 MG TABLETAS.	6.030,00	1/03/2016	NO POS
122997709	13016170	MEMANTINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	46.110,00	9/08/2016	NO POS
119501071	28127057	MEMANTINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	39.570,00	13/04/2016	NO POS
118572469	2907492	MEMANTINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	36.906,00	10/03/2016	NO POS
117442822	63323494	MEMANTINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	39.570,00	25/01/2016	NO POS
123521539	2907492	MEMANTINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	41.610,00	22/09/2016	NO POS
119770678	1016714399	METASPRAY SUSPENSION PARA INHALACION NASAL	34.720,00	11/04/2016	NO POS
119500165	2418098	METICOM CÁPSULAS	50.010,00	29/03/2016	NO POS
129165945	46378902	METOJECT® 20 MG/0.40ML	494.060,00	1/03/2017	NO POS
120362332	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	214.940,00	3/05/2016	NO POS
120362332	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	17.420,00	3/05/2016	NO POS
119500863	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	230.400,00	8/04/2016	NO POS
118571889	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	214.940,00	12/03/2016	NO POS
118571889	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	17.142,00	12/03/2016	NO POS
117717662	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	17.142,00	11/02/2016	NO POS
117717662	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	215.528,00	11/02/2016	NO POS
116256112	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	226.860,00	18/12/2015	NO POS
116706121	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	205.196,00	13/01/2016	NO POS
116706121	19297204	MICARDIS® AMLO 80MG/10MG	18.858,00	13/01/2016	NO POS
122428804	26400408	MILPAX SUSPENSION	68.297,00	3/08/2016	NO POS
121779204	31892353	MILPAX SUSPENSION	68.297,00	22/01/2016	NO POS
120951663	12556569	MILPAX SUSPENSION	32.640,00	2/06/2016	NO POS
120362206	12556569	MILPAX SUSPENSION	33.807,00	2/05/2016	NO POS
118571535	26400408	MILPAX SUSPENSION	67.130,00	8/03/2016	NO POS
117443259	12556569	MILPAX SUSPENSION	33.790,00	4/02/2016	NO POS
116705906	26400408	MILPAX SUSPENSION	68.297,00	8/01/2016	NO POS
121959510	1036611862	MINIRIN MELT 120 µG	833.009,00	18/07/2016	NO POS
121761821	1036611862	MINIRIN MELT 120 µG	999.899,00	29/06/2016	NO POS
121761813	1036611862	MINIRIN MELT 120 µG	162.749,00	29/06/2016	NO POS
121760996	1036611862	MINIRIN MELT 120 µG	329.639,00	23/06/2016	NO POS
119508608	71584001	MIOLAXIN TABLETAS	46.750,00	3/03/2016	NO POS
119500782	71584001	MIOLAXIN TABLETAS	47.750,00	7/04/2016	NO POS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

117584227	28739607	MIOLAXIN TABLETAS	71.070,00	17/02/2016	NO POS
117413267	24335552	MIOLAXIN TABLETAS	144.030,00	27/01/2016	NO POS
117221181	28739607	MIOLAXIN TABLETAS	22.430,00	4/02/2016	NO POS
117218699	24335552	MIOLAXIN TABLETAS	46.750,00	27/01/2016	NO POS
118156127	24335552	MIOLAXIN TABLETAS	141.330,00	18/02/2016	NO POS
121760301	27245434	MIRTAPAX ®	141.030,00	20/06/2016	NO POS
120648547	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	26/05/2016	NO POS
120386318	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	18/04/2016	NO POS
119140020	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	23/03/2016	NO POS
118169430	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	19/02/2016	NO POS
117442224	29862673	MIRTAZAPINA 30 MG TABLETAS RECUBIERTAS	15.870,00	27/01/2016	NO POS
120579842	8013995	MOBIC TABLETAS 15 MG	362.520,00	17/05/2016	NO POS
120361625	8013995	MOBIC TABLETAS 15 MG	725.280,00	2/04/2016	NO POS
123672959	21403133	MONIS ® TABLETAS DE 20MG	37.560,00	21/04/2016	NO POS
118169529	1006183362	MONTELUKAST 5 MG TABLETAS MASTICABLES	19.380,00	18/02/2016	NO POS
115603357	1006183362	MONTELUKAST 5 MG TABLETAS MASTICABLES	19.380,00	4/12/2015	NO POS
116707627	1006183362	MONTELUKAST 5 MG TABLETAS MASTICABLES	19.380,00	19/01/2016	NO POS
120951243	45435095	MOXAR 5 MG TABLETAS RECUBIERTAS	87.750,00	28/05/2016	NO POS
123672805	45435095	MOXAR 5 MG TABLETAS RECUBIERTAS	167.520,00	29/02/2016	NO POS
121959006	7415052	MOXAR® SI TABLETAS	226.680,00	18/07/2016	NO POS
121424952	19220666	MUPICARE UNGUENTO 2 %	35.170,00	9/12/2015	NO POS
120363340	41499067	MUPICARE UNGUENTO 2 %	74.720,00	12/05/2016	NO POS
119995611	20126687	MUPICARE UNGUENTO 2 %	35.120,00	9/01/2016	NO POS
119995561	20126687	MUPICARE UNGUENTO 2 %	35.170,00	28/12/2015	NO POS
119508503	81715289	MUPICARE UNGUENTO 2 %	36.120,00	19/02/2016	NO POS
121127580	186116	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	220.660,00	28/04/2016	NO POS
121127569	1026574525	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.860,00	18/04/2016	NO POS
121062347	1010114318	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	248.560,00	15/02/2016	NO POS
121061886	60378279	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	160.500,00	15/02/2016	NO POS
120950527	51934025	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	237.960,00	16/03/2016	NO POS
120863333	40388356	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	220.660,00	15/02/2016	NO POS
120862633	52329233	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.860,00	2/04/2016	NO POS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

120862622	1013651787	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.860,00	29/03/2016	NO POS
120862610	79054785	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	220.660,00	23/03/2016	NO POS
120862601	79387904	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	248.560,00	11/03/2016	NO POS
120862272	79288485	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	237.960,00	18/04/2016	NO POS
120862252	1032145	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	237.960,00	8/04/2016	NO POS
120347661	37310319	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	248.560,00	8/02/2016	NO POS
119944817	35473650	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	246.060,00	7/04/2016	NO POS
119199637	80360262	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.860,00	14/03/2016	NO POS
119199622	1000809111	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	220.660,00	8/03/2016	NO POS
118993256	91513534	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.390,00	17/12/2015	NO POS
118992956	1098684282	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.860,00	26/01/2016	NO POS
118632684	80050529	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	237.960,00	12/01/2016	NO POS
118378070	34548295	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	225.633,00	18/01/2016	NO POS
118377732	5803554	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.390,00	21/12/2015	NO POS
118324832	5743429	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	220.660,00	16/01/2016	NO POS
118324831	63435812	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	284.560,00	15/01/2016	NO POS
118324826	1020716598	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	248.560,00	8/02/2016	NO POS
118324825	91290793	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.860,00	6/01/2016	NO POS
118324824	79614008	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	248.560,00	8/02/2016	NO POS
118324692	1020733425	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	245.390,00	22/01/2016	NO POS
117801899	79896007	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	234.790,00	23/01/2016	NO POS
117589870	51706974	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	234.790,00	15/01/2016	NO POS
117589868	53001595	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.690,00	15/01/2016	NO POS
117589167	52589874	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	217.490,00	9/01/2016	NO POS
116751096	52951425	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	235.490,00	19/12/2015	NO POS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

116751124	1010168639	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	5/12/2015	NO POS
116751129	52716123	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	242.890,00	15/12/2015	NO POS
116779659	2860933	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	219.290,00	21/12/2015	NO POS
129239644	51587712	MUTACION DE PROTROMBINA G20210	248.560,00	6/07/2016	NO POS
121612977	80398525	MUTUM CR 10 MG	112.320,00	11/04/2016	NO POS
121345425	80398525	MUTUM CR 10 MG	35.880,00	20/06/2016	NO POS
121345425	80398525	MUTUM CR 10 MG	16.770,00	20/06/2016	NO POS
121345256	80398525	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	10/06/2016	NO POS
121002581	59705801	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	1/06/2016	NO POS
120607920	59705801	MUTUM CR 10 MG	52.290,00	9/03/2016	NO POS
120602859	80398525	MUTUM CR 10 MG	18.330,00	1/03/2016	NO POS
120580201	14882571	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	16/05/2016	NO POS
120294008	80398525	MUTUM CR 10 MG	112.320,00	16/05/2016	NO POS
119996026	1015400592	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	11/03/2016	NO POS
119995842	1015400592	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	12/02/2016	NO POS
119995672	1015400592	MUTUM CR 10 MG	16.770,00	20/01/2016	NO POS
119995672	1015400592	MUTUM CR 10 MG	35.880,00	20/01/2016	NO POS
119995429	1015400592	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	23/12/2015	NO POS
117484583	14882571	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	1/02/2016	NO POS
116020481	80398525	MUTUM CR 10 MG	35.880,00	30/12/2015	NO POS
116020481	80398525	MUTUM CR 10 MG	16.770,00	30/12/2015	NO POS
129150620	14882571	MUTUM CR 10 MG	54.990,00	30/03/2017	NO POS
122429920	1110577567	MUVETT S	169.680,00	27/07/2016	NO POS
120951402	1110577567	MUVETT S	168.960,00	27/05/2016	NO POS
119508552	1110577567	MUVETT S	163.860,00	26/02/2016	NO POS
119499260	1110577567	MUVETT S	168.960,00	29/03/2016	NO POS
123521228	1110577567	MUVETT S	167.220,00	21/09/2016	NO POS
119508351	1110577567	MUVETT S	163.860,00	20/01/2016	NO POS
119508268	1110577567	MUVETT S	163.860,00	28/12/2015	NO POS
119139856	1193572661	MYFORTIC® COMPRIMIDOS GASTRORRESISTENTES 360 MG	167.580,00	13/03/2016	NO POS
116256482	1007717810	NASONEX® SPRAY NASAL	33.318,00	22/12/2015	NO POS
116464903	31877535	NASONEX® SPRAY NASAL	18.022,00	28/12/2015	NO POS
116707364	1025539215	NASONEX® SPRAY NASAL	18.022,00	22/01/2016	NO POS
117443237	5472810	NEBilet COMPRIMIDOS 5 MG	475.800,00	29/01/2016	NO POS
119508591	2428083	NEOFUNGINA® POLVO	23.780,00	25/02/2016	NO POS
116705877	10269831	NEOFUNGINA® POLVO	48.200,00	7/01/2016	NO POS
121760777	5393025	NEUROBASAL TABLETAS	3.150,00	21/06/2016	NO POS
122982712	36825269	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	34.830,00	20/08/2016	NO POS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

121652463	88143325	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	56.790,00	8/07/2016	NO POS
121601372	36825269	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	34.830,00	14/05/2016	NO POS
121004244	88143325	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	56.790,00	17/06/2016	NO POS
120923327	36825269	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	37.530,00	19/02/2016	NO POS
120602189	88143325	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	56.790,00	25/02/2016	NO POS
120361196	4556211	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	34.830,00	18/04/2016	NO POS
119499791	29101618	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	18.270,00	28/03/2016	NO POS
119138353	29101618	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	18.270,00	26/02/2016	NO POS
118361404	36825269	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	34.830,00	8/01/2016	NO POS
122442329	36825269	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	37.530,00	15/07/2016	NO POS
122425858	88143325	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	56.790,00	28/07/2016	NO POS
119508373	70356	NEURONTIN 300 MG CAPSULAS	37.530,00	25/01/2016	NO POS
119499447	86045317	NEURONTIN 400 MG CAPSULAS	153.090,00	19/03/2016	NO POS
119138490	86045317	NEURONTIN 400 MG CAPSULAS	153.090,00	22/02/2016	NO POS
120362606	31208083	NEURONTIN® 600 MG.	37.530,00	3/05/2016	NO POS
124634903	3330289	NEURONTIN® 600 MG.	76.050,00	8/10/2016	NO POS
122429234	13846360	NEXAVAR® 200MG	9.638.456,00	5/08/2016	NO POS
121760665	13846360	NEXAVAR® 200MG	4.280.036,00	22/06/2016	NO POS
120361181	13846360	NEXAVAR® 200MG	2.087.996,00	12/04/2016	NO POS
119508413	1019843494	NEXIUM® 10 MG GRÁNULOS GASTRO-RESISTENTES PARA SUSPENSIÓN ORAL	354.810,00	20/01/2016	NO POS
118169324	17166742	NEXIUM MUPS® 40 MG	111.270,00	24/02/2016	NO POS
122429444	6228270	NIFLAMIN PL CAPSULAS 7.5 MG	127.500,00	1/08/2016	NO POS
122429428	6228270	NIFLAMIN PL CAPSULAS 7.5 MG	148.790,00	2/08/2016	NO POS
117443507	6228270	NIFLAMIN PL CAPSULAS 7.5 MG	268.560,00	1/02/2016	NO POS
118503710	1006183362	NIMESULIDA SUSPENSIÓN	12.630,00	4/12/2015	NO POS
124310632	2075907	NISTATINA + OXIDO DE ZINC UNGÜENTO	6.650,00	1/03/2016	NO POS
124638779	5465090	NISTATINA + OXIDO DE ZINC UNGÜENTO	7.275,00	1/07/2016	NO POS
124635315	55066215	NIZORAL SHAMPOO AL 2%	220.166,00	25/06/2016	NO POS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

121761370	79620203	NORAVER	20.606,00	29/06/2016	NO POS
115310189	20167295	NOVOMIX 30	498.550,00	10/12/2015	NO POS
115314665	40175671	NOVOMIX 30	43.600,00	14/12/2015	NO POS
115616661	2023972	NOVOMIX 30	195.250,00	12/12/2015	NO POS
115621864	40175671	NOVOMIX 30	195.250,00	14/12/2015	NO POS
115658981	248408	NOVOMIX 30	245.800,00	19/12/2015	NO POS
115667122	19206637	NOVOMIX 30	394.950,00	12/12/2015	NO POS
115667565	19206637	NOVOMIX 30	394.950,00	12/12/2015	NO POS
116156595	1405640	NOVOMIX 30	94.150,00	7/01/2016	NO POS
116157422	19206637	NOVOMIX 30	397.450,00	7/01/2016	NO POS
116159635	20167295	NOVOMIX 30	498.550,00	9/01/2016	NO POS
122429835	1193546415	NUCTIS D GOTAS ORALES	24.850,00	26/07/2016	NO POS
118572384	99030407489	NUCTIS D GOTAS ORALES	25.900,00	16/03/2016	NO POS
117717312	99030407489	NUCTIS D GOTAS ORALES	21.900,00	16/02/2016	NO POS
118503871	6198549	OBAGUI NU DERM BLENDER REF 7003 UND	312.347,00	26/01/2016	NO POS
122430084	79620203	ODONTRIX	32.601,00	27/04/2016	NO POS
117442830	1097498861	ODONTRIX	13.763,00	29/01/2016	NO POS
122997969	1026253486	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	2.070,00	20/08/2016	NO POS
119139774	1026253486	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	4.980,00	26/03/2016	NO POS
122997969	1026253486	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	1.748,00	20/08/2016	NO POS
122429945	1026253486	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	4.590,00	22/07/2016	NO POS
121959109	1002725999	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	10.680,00	15/07/2016	NO POS
121761248	1026253486	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	4.590,00	24/06/2016	NO POS
123521378	1026253486	OLANZAPINA 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	4.590,00	16/09/2016	NO POS
120648213	1010045222	OMEGA 3 CAP PRIME HEALTH FCO X 100	31.950,00	24/05/2016	NO POS
119500153	29098671	OMEGA 3 CAP PRIME HEALTH FCO X 100	31.950,00	1/04/2016	NO POS
121760912	19093977	OMNIC OCAS COMPRIMIDOS RECUBIERTOS DE LIBERACION PROLONGADA	49.410,00	24/06/2016	NO POS
120386646	17196660	OMNIC OCAS COMPRIMIDOS RECUBIERTOS DE LIBERACION PROLONGADA	49.410,00	20/04/2016	NO POS
123521264	19093977	OMNIC OCAS COMPRIMIDOS RECUBIERTOS DE LIBERACION PROLONGADA	49.410,00	21/09/2016	NO POS
119995720	20925501	ONDAX® TABLETAS 4 MG	90.910,00	27/01/2016	NO POS
121762086	1003704632	OPTIVE®	41.396,00	5/07/2016	NO POS
120386454	25293237	OPTIVE®	27.670,00	21/04/2016	NO POS

120361963	23797337	OPTIVE ®	38.270,00	30/04/2016	NO POS
118572019	25293237	OPTIVE ®	38.270,00	11/03/2016	NO POS
118170480	1128275047	OPTIVE ®	38.270,00	1/03/2016	NO POS
117442584	1128275047	OPTIVE ®	37.673,00	28/01/2016	NO POS
115603425	35486732	OPTIVE ®	37.673,00	9/12/2015	NO POS
116465297	23797337	OPTIVE ®	37.673,00	30/12/2015	NO POS
116256381	39200184	ORLISTAT 120 MG CAPSULA	75.650,00	21/12/2015	NO POS
122803535	27619622	OXALIPLATINO 100MG	257.496,00	5/04/2016	NO POS
122803534	27619622	OXALIPLATINO 100MG	257.496,00	15/03/2016	NO POS
124635144	31208576	OXCARBAZEPINA 600 MG	12.330,00	14/10/2016	NO POS
119995809	19260812	PALEXIS® RETARD 100 MG	392.070,00	9/02/2016	NO POS
119995997	51736130	PALEXIS® RETARD 25MG	158.910,00	3/03/2016	NO POS
TOTAL:			\$267.960.838		

f. Frente a los gastos de administración

En lo que atañe a este punto de inconformidad, se avizora que en el libelo genitor la parte actora solicitó que se fulminara condena a la pasiva por dicho concepto de daño emergente, en un total del 10% de las pretensiones.

Sobre tal aspecto, basta recabar en que no se allegó prueba alguna al plenario que soporte el monto enunciado por la parte promotora, teniendo la carga de la prueba de acreditar el daño material alegado en la tipología de daño emergente.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-262 de 2013, frente a los alcances de los gastos de administración, señaló:

“2.8.2.6. Para resumir, de acuerdo con el análisis emprendido por la Sala, el inciso primero contiene tres contenidos normativos: (i) una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; (ii) una prohibición dirigida a las EPS de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno; y (iii) una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

En ese orden de ideas, no es factible asimilar los gastos de administración que se encuentran regulados en la Ley, a un daño emergente por el no pago de recobros de servicios NO POS, hoy NO PBS, motivo por el cual se absolverá de este pedimento.

g. De los intereses moratorios:

Precisado lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, conviene recordar que el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de salud y el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud.

A su turno, en el inciso quinto del artículo 48 Superior, establece que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido de manera unívoca que los recursos del Sistema General de Seguridad Social son rentas de naturaleza parafiscal, que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece por la ley para afectar un determinado y único grupo social o económico y que debe utilizarse en beneficio de propio grupo gravado.

Precisado lo anterior, y como quiera que lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses moratorios, con ocasión del pago recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS, justo resulta indicar, respecto a la generación de los intereses en mención considera la Sala que debe atenderse lo reglado por el artículo 7° del Decreto 1281 del 2002, esto es, que la entidad demandante contaba con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y a partir de dicha data la entidad, contaba con 2 meses para efectuar el respectivo pago, transcurridos los mismos se generaría el

derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele en su totalidad la obligación.

La Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075, del 19 de mayo de 2021, señaló:

“De lo expuesto se concluye que no acierta la censura cuando en su disertación alega la improcedencia de los intereses moratorios, por no haberse establecido un plazo para el pago de los recobros y menos si los mismos no eran cancelados, cuando los que aquí se imponen, tienen como fundamento la existencia de glosas infundadas, las que, dicho sea de paso, no son controvertidas en el recurso de casación por la entidad recurrente y, que se itera, sí dan lugar al reconocimiento de la citada sanción, pues es el mismo Decreto 1281 de 2002, el que en su artículo 4 los consagra en los siguientes términos:

“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Se subraya).

“De otra parte, es cierto que el artículo 13 del decreto en mención, únicamente hace alusión a los «términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga», estableciendo para ello que «cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda», sin que allí se contemple el plazo para efectuar su pago por parte del FOSYGA, hoy ADRES.

“No obstante lo precedente, dicha omisión fue superada desde la expedición de la Resolución 3797 de 2004, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:

“Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de

recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación.

“Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.

“Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo.

“Es decir, desde dicha preceptiva se estableció el plazo, que echa de menos la censura, dentro del cual el Fosyga efectuará el pago del recobro y, por ende, establece la fecha de causación de los intereses moratorios y si bien, la mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004. Así las cosas, no existe el supuesto vacío legal que invoca la censura y menos que el Fosyga, hoy Adres, no tenga un plazo para efectuar tales pagos.

De cara a lo indicado, hay lugar al pago de los intereses moratorios, los cuales deberán ser cancelados, a partir de los 2 meses siguientes a su radicación, precisando que dicha condena implica la absolución de la indexación, al no ser factible disponer el pago de intereses moratorios e indexación.

En ese orden de ideas se revocará en su integridad la decisión de primer grado.
SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, a pagar a la EPS SANITAS un total de \$267.960.838, por concepto de recobros de tecnologías en la salud no cubiertas por el POS, hoy PBS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, a reconocer a la EPS SANITAS los intereses moratorios adeudados que se causaron, respecto de las sumas adeudadas. Los cuales, deberán calcularse desde los dos meses siguientes a la radicación de los recobros, hasta la data efectiva del pago.

CUARTO: ABSOLVER a la accionada de los restantes pedimentos.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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