

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00801 -01
Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación y estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ISMAEL ZAPATA ZAPATA** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y el régimen de transición, a partir del 01 de junio de 2011, junto con los correspondientes intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Nació el 01 de junio de 1951; **2)** Prestó sus servicio militar durante el 17 de agosto de 1969 y el 15 de agosto de 1971, efectuó cotizaciones al I.S.S., y estuvo afiliado al Consorcio Prosperar del 01 de diciembre de 1998 al 30 de junio de 2002; **3)** Existe un faltante para los ciclos de abril a septiembre de 2000, abril, mayo, y diciembre de 2001, y abril de 2002 de 279 días; y no aparecen los ciclos de julio de 2002 y junio de 2006; por lo que la historia laboral no cuenta con 245,56 semanas; **4)** A la fecha de entrada del Acto Legislativo 01 de 2005, acumulaba 988,13 semanas; **5)** El 06 de septiembre de 2011 solicitó pensión de vejez, empero, le fue negada mediante la Resolución GNR 213528 de 2013; y **6)** El 04 de mayo de 2016 solicitó nuevamente pensión de vejez, que fue negada nuevamente y se le reconoció indemnización sustitutiva.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 135 a 139), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

Expuso que si bien el actor contaba con 40 años al 01 de abril de 1994, de manera que era beneficiario del régimen de transición, no alcanzaba 750 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 para considerar que mantuvo dicho régimen de transición hasta 2014; que por lo anterior, se debían acreditar los requisitos de pensión al 31 de julio de 2010, no obstante, a dicha data no había aún cumplido la edad de 60 años; y que el accionante fue retirado del Consorcio Prosperar, siendo su última cotización el 30 de junio de 2002, pues dejó de efectuar su correspondiente aporte.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de julio de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el actor es beneficiario del régimen de transición y en consecuencia de la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, desde el 1 de junio de 2011, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y sobre 14 mesadas anuales.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de noviembre de 2016.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor, las mesadas pensionales generadas a partir del 15 de noviembre de 2016, retroactivo que deberá ser pagado debidamente indexado, y que hasta el 30 de junio de 2021 asciende a la suma de \$53'223.968.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES, a descontar del valor del retroactivo el monto equivalente al pago de aportes a salud y la suma de dinero reconocida por concepto de indemnización sustitutiva.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del actor. Fijese la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho a cargo de la demandada.

En síntesis, la A Quo refirió que el actor, en principio, es beneficiario del régimen de transición pues contaba con más de 42 años al 01 de abril de 1994; que si bien en la historia laboral para la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 687,71 semanas, lo cierto es, que si se computa el tiempo de servicios militar y los aportes que fueron pagados y no contabilizados cuando el accionante se encontraba en el Consorcio Prosperar, alcanza más de 750 semanas siendo dable deducir que su régimen de transición se extendió hasta 2014; que el aludido servicio militar es dable contabilizarlo conforme lo dispuesto en la Ley 48 de 1993, y criterio de la Corte Suprema de Justicia; que no es dable suspender la calidad de beneficiario del subsidio del Consorcio Prosperar de forma automática ni de pleno derecho, siendo necesario que se informe al beneficiario tal situación, lo que no se acreditó; que aunado a lo anterior, se

allegaron las cotizaciones de abril a septiembre de 2000, abril, mayo, y diciembre de 2001, abril, mayo, agosto, septiembre, noviembre, y diciembre de 2002, enero a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero a agosto y octubre a diciembre de 2005, y enero a mayo de 2006; que conforme a lo dicho, el demandante alcanza un total de 1021,29 semanas, por lo que, al cumplir 60 años el 01 de junio de 2011, hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990; que se entiende que el actor tenía la intención de gozar de su pensión, a partir del 01 de junio de 2011, pues su última cotización fue en mayo de 2006; que se debe pagar la pensión en catorce mesadas, pues la pensión se causó antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a tres salarios mínimos; que operó la excepción de prescripción a partir del 15 de noviembre de 2016, pues se demandó el mismo día y mes de 2019, sin que se dable considerar que se interrumpió dicho fenómeno con la reclamación administrativa, pues una vez agotada, no se presentó demanda dentro de los tres años siguientes; que al reconocerse indemnización sustitutiva a favor del actor, esta se debe devolver; que no hay lugar a intereses moratorios, ya que, se tuvo en cuenta para su reconocimiento tiempos públicos – servicio militar-, lo que encuentra sustento en un criterio jurisprudencial; por lo que la condena se debe reconocer indexada.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La **parte actora**, solicitó que se descuente lo correspondiente a la indemnización sustantiva de la pensión de vejez, como quiera que no se declaró la excepción de compensación; y que hay lugar a intereses moratorios, dado que resultan procedentes frente a cualquier tipo de pensión.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable reconocer la pensión de vejez de conformidad con las directrices de la Acuerdo 049 de 1990; si es acertada la fecha de reconocimiento de la prestación y la forma de contabilizar los términos prescriptivos; si el retroactivo se encuentra liquidado en debida forma; si hay lugar a devolver la indemnización sustitutiva; y si es dable el reconocimiento de intereses moratorios.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ SEGÚN EL ACUERDO 049 DE 1990.

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quiénes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, para quienes en lo relativo a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez se aplicará lo establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 01 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigor del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993, limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Sobre el tópico, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia tiene sentando que:

Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

“El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, limitó la vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010, pero, en aras de salvaguardar las expectativas de la personas cercanas a causar una pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014 siempre que al 29 de julio de 2005, contaran al menos con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios. Puntalmente la norma establece:

Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

De lo anterior deriva, que quienes no causaran el derecho pensional antes de 31 de julio de 2010 se acogerían al nuevo sistema general de pensiones, a menos que cumplieran las condiciones exigidas para la prórroga de la transición” (sentencia SL1466-2021).

DEL CASO CONCRETO.

Está acreditado en juicio o no existe controversia en cuanto a que el demandante: **i)** Nació el 01 de junio de 1951 (fl. 6); **ii)** Prestó servicio militar del 17 de agosto de 1969 al 15 de agosto de 1971 (fls. 2 y 3); **iii)** Cotizó al régimen de prima media un total de **687,71** semanas (fls. 11 a 14); **iv)** Estuvo afiliado al fondo de solidaridad pensional- programa de subsidio al aporte en pensión del 01 de diciembre de 1998 hasta el 20 de junio de 2002 (fl.27); **v)** Solicitó la pensión de vejez el 06 de septiembre de 2011, pero fue negada mediante las Resolución GNR 213528 de 2013 (fls.16 a 19); y **vi)** Le fue reconocida indemnización sustitutiva mediante Resolución GNR 248199 de 2016. (fls. 22 a 24).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que el accionante, en principio, es beneficiario del régimen de transición, puesto que para el 01 de abril de 1994 tenía más de 40 años, esto es, 42 años, 10 meses, y 1 día.

En cuanto a las semanas que tenía cotizadas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, se tiene que conforme a

la historia laboral de folios 11 a 14, el accionante acumuló a junio de 2005, **687,28** semanas, por lo que, teniendo en cuenta las semanas del servicio militar, esto es, el periodo del 17 de agosto de 1969 al 15 de agosto de 1971, que equivale a **104,14** semanas, acumula un total de **791,42** semanas, por lo que es dable predicar que extendió su régimen de transición hasta el 2014.

Frente a la posibilidad de contabilizar el tiempo servido por el accionante como Soldado, ello resulta posible, conforme criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre tras la CSL14926-2014; CSJ SL16079-2015 y más recientemente la SL1965-2022, en la que señaló:

“Ahora bien, el Tribunal indicó que no es posible «computar» como tiempo de servicios el laborado por el demandante en el Ministerio de Defensa y, señaló que solo era «computable» para la pensión el lapso relacionado con el servicio militar obligatorio, último aspecto que resulta acorde con la línea de pensamiento reiterada de esta Sala, que dicta que el tiempo de servicio militar obligatorio, en materia pensional puede ser tenido en cuenta, cuando la pensión está a cargo del Estado y que, la prestación pensional se cause en vigencia de la Ley 48 de 1993 artículo 48 (sentencia CSJ SL14926-2014; CSJ SL16079-2015,) que para el caso en estudio lo sería al llegar a la edad indicada en la Ley 33 de 1985, que como se indicó lo fue en el año 2009.

No está de más en este punto recordar que esta Corporación en la sentencia CSJ SL11188-2016, además, de reiterar lo expuesto de manera antecedente, esto es la procedencia de la contabilización del tiempo de servicio militar para la obtención de la pensión de vejez, fue clara en establecer que, por los principios de universalidad e integralidad, bajo el estatuto pensional procede la sumatoria del tiempo servicio obligatorio a las fuerzas militares o de policía para el reconocimiento de las prestaciones pensionales contempladas en el mismo, esto es, se tendrán en cuenta para el acceso a la pensión de invalidez y la de sobrevivientes; señala la providencia:

Desde este punto de vista, a juicio de la Sala, la mejor solución interpretativa es aquella según la cual el art. 40 de la L. 48/1993, no solo cubre las pensiones de jubilación o vejez, sino también las de sobrevivencia e invalidez, en el entendido que la protección en pensiones que ofrece la L. 100/1993 abarca tres ámbitos: vejez, invalidez y muerte; de manera que, no es apropiado limitar la norma a solo uno, como si el ser humano pudiera fraccionarse en su integridad.

Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

[...] Por último, no sobra precisar que, en estos casos, la Nación debe concurrir a la financiación de la pensión, mediante un bono pensional por el tiempo de servicio militar obligatorio. Así lo prevé el literal b) del art. 115 de la L. 100/1993 al señalar que tendrán derecho a un bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad, «hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos».

Así mismo, se rememora la línea de pensamiento del órgano de cierre de esta jurisdicción que estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al I.S.S. con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, fue recogido, permitiéndose el cómputo de tales tiempo. Al respecto, en sentencia SL032-2018, reiterada en la SL1652-2018, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó lo siguiente:

“No incurrió el sentenciador de segundo grado en error jurídico frente a las normas denunciadas, al no haber sumado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, las semanas cotizadas al ISS con tiempos servidos al sector público, toda vez que el fallador simplemente se limitó a acoger la jurisprudencia sostenida actualmente por esta Corporación, según la cual no resulta procedente la contabilización entre aquéllas y éstos, por cuanto dicha normatividad no contempla tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral.

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990”.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene

que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ SL1947-2020 rad. 70918, reiterada en la CJ SL1981-2020, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.° del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...]

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...]

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (Subrayado fuera del texto)".

Aclarado lo anterior, se procede a verificar si el accionante al 31 de diciembre de 2014 acredita los requisitos para acceder a una pensión de vejez, de conformidad con el **artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990**, normatividad que dispone el derecho a la pensión, si se es hombre a) Sesenta (60) o más años de edad y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

De esta manera, se tiene que el actor cumplió 60 años el 01 de junio de 2011 y que al 31 de diciembre de 2014, acredita, con la sumatoria de los tiempos de la historia laboral y el servicio militar, **791,85 semanas**, de las cuales **111,02** semanas fueron cotizadas en los últimos 20 años, por lo que se hace necesario verificar de manera detallada la historia laboral para determinar si hay tiempos faltantes y que no se contabilizaron en tal documento.

Sobre el punto, encuentra la Sala que durante el lapso de abril a septiembre del año 2000 únicamente se tuvieron tres días cotizados, época en la que el actor se encontraba cotizando a través del Fondo de Solidaridad Pensional- Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, por lo que, en tales condiciones si existía alguna irregularidad en relación con tal aporte, debió ser señalado por esta entidad, y/o por COLPENSIONES, pues ésta recibió el aporte, pese a que se estaban reportando 30 días cotizados, sin hacer ningún tipo de observación; recuérdese que

Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

en estos asuntos, es indispensable que la entidad ponga en conocimiento la irregularidad, pues se debe brindar la posibilidad al actor de ponerse al día en el pago de la fracción de la cotización a su cargo, lo que impone que la eventual falta de pago sea advertida al interesado para que adopte la conducta que estime pertinente en perspectiva de no comprometer su condición de beneficiario del esquema solidario y no poner en riesgo el acceso a la pensión de vejez. Al respecto, en sentencia SL17912-2016 que se reiteró lo expresado en la sentencia SL13542-2014 afincó:

“El artículo 23 del mismo Decreto, consagra la posibilidad de suspender la condición de beneficiario cuando, durante un tiempo, adquiera capacidad para sufragar el aporte completo o «cuando suspenda voluntariamente la afiliación por no contar con recursos para realizar el aporte», pero podrá reactivar su calidad, avisando a la entidad que administra los recursos del Fondo.

Según el artículo 24 ibídem, se pierde el derecho al subsidio, cuando se adquiere capacidad para pagar íntegro el aporte, cuando cese la obligación de cotizar, se cumpla el plazo máximo para devengar el subsidio, o se deje de cancelar durante 6 meses el aporte correspondiente, caso en el que «la administradora de pensiones correspondiente, tendrá hasta el último día hábil del sexto mes para comunicar a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional sobre tal situación, con el fin de que esta proceda a suspender su afiliación al programa. En todo caso, la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá verificar que no se haya cobrado el subsidio durante este periodo».

Significa lo anterior que ni la suspensión, ni la pérdida del derecho al subsidio operan en forma automática y de pleno derecho, sino que es indispensable que el Instituto informe a PROSPERAR sobre la supuesta falta de pago del demandante de la parte del aporte que le correspondía cancelar.

Para la Sala es claro, especialmente en situaciones que involucren la afectación de un derecho de una connotación esencial como el de acceder a la pensión de una persona de la tercera edad, la necesidad de brindar la posibilidad de ponerse al día en el pago de la fracción de la cotización a su cargo, lo cual impone que la eventual falta de pago sea puesta en conocimiento del interesado para que adopte la conducta que estime pertinente en perspectiva de no comprometer su condición de beneficiario del esquema solidario y no poner en riesgo el acceso a la pensión de vejez. En todo caso, para que ejerza su derecho de contradicción y defensa, que en esta ocasión fue menoscabado por la enjuiciada, en la medida en que no adelantó alguna diligencia para notificar al demandante de la supuesta irregularidad en el pago de sus

Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

aportes; es decir, le aplicó una sanción sin enterarlo sobre las razones que la inspiraron.

Se revela, entonces, palmaria la indebida aplicación del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, en tanto le hizo producir efectos sin detenerse a verificar si se había cumplido el trámite que supone la adopción de una medida sancionatoria de tal significancia que podía llevar a la pensión de una persona de la tercera edad, en manifiesta situación de precariedad económica. En consecuencia, el cargo es fundado”.

Así las cosas, y como quiera que no se evidencia que el fondo de solidaridad hubiese puesto en conocimiento del actor algún tipo de irregularidad, y al haber reportado éste tales tiempos sobre 30 días y únicamente tenerse en cuenta como cotizado 3 días, debe tenerse para el efecto la contabilización completa, en consecuencia se tiene que por el periodo de abril a septiembre de 2000, es dable contabilizar **23,14 semanas** adicionales.

La anterior lógica también aplica para el periodo de abril, mayo, y diciembre de 2001, pues si bien se aduce un pago incompleto, tal circunstancia no se puso de presente al demandante, siendo dable en consecuencia su contabilización, esto es, **12,87 semanas** adicionales.

En cuanto a los tiempos de julio de 2002 a junio de 2006, que aparecen en \$0, y en los que registra como no afiliado al régimen subsidiado, como se señaló con anterioridad, al demandante no le fue notificada su desvinculación de tal beneficio y, por ende, las cotizaciones que realizó al no existir oposición del fondo de pensiones es dable tenerlas en cuenta; recuérdese que conforme a la sentencia SL13542-2014 – antes aludida- *“ni la suspensión, ni la pérdida del derecho al subsidio operan en forma automática y de pleno derecho, sino que es indispensable que el Instituto informe a PROSPERAR sobre la supuesta falta de pago del demandante de la parte del aporte que le correspondía cancelar”*.

En consecuencia, resulta viable tener en cuenta los tiempos aludidos de forma completa, por lo que, se tienen **200,71**

semanas adicionales, con los que el accionante alcanza un total de 1028,58 semanas; tiempo suficiente para ser beneficiario de una pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, hay lugar al reconocimiento de la prestación, en los términos expuestos por la A Quo, por lo que su decisión de reconocer la prestación se confirmará.

FECHA DE RECONOCIMIENTO Y PRESCRIPCIÓN.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos; que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez y/o de jubilación, el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias SL6159-2016 y SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y la solicitud de reconocimiento de la prestación ; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

Descendiendo al caso, se tiene que el actor cotizó hasta junio de 2006 cumplió la edad mínima el 01 de junio de 2011, pues nació el mismo día y mes de 1951 y elevó solicitud pensional

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00801 -01
Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

el 06 de septiembre de 2011, luego COLPENSIONES debía reconocer y pagar al demandante la pensión vejez de que trata el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del día 01 de junio de 2011; no obstante, y dado que sólo se accionó ante la jurisdicción ordinaria hasta el 15 de noviembre de 2019, nítido refulge que operó el fenómeno de la prescripción, sobre las mesadas causadas con anterioridad al 15 de noviembre de 2016, tal como lo declaró el A Quo, por lo que en el punto se **CONFIRMARÁ** la decisión, al igual que lo relativo al valor de la mesada pensional establecida en el salario mínimo y el número de mesadas reconocidas -catorce (14)- por cuanto la prestación se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, y el monto es inferior a tres salarios mínimos, ello en virtud de lo establecido en el inciso 8° y el párrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 01 de 2005.

Verificadas las condenas concretas irrogadas en la primera instancia y efectuados los cálculos de rigor, se tiene las siguientes sumas:

VALOR MESADAS PENSIONALES			
Año	Pensión	Mesadas	Valor Total
2.016	\$ 689.455,00	2,53	\$ 1.746.619,33
2.017	\$ 737.717,00	14	\$ 10.328.038,00
2.018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2.019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2.020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2.021	\$ 908.526,00	7,00	\$ 6.359.682,00
TOTAL			\$ 53.254.593,33

Conforme a lo anterior se observa que el valor resultante en esta instancia, **\$53'254.593,33**, es ligeramente superior al impuesto por la A Quo, quien fijó como suma a pagar **\$53'223.968**, por lo que, en virtud de la Consulta que se surte en favor de la entidad la misma no se modificará.

INTERESES MORATORIOS.

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la mora en el pago de las pensiones causa intereses moratorios en favor del pensionado.

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral ha expuesto reiteradamente, que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, como ocurre en el caso presente, pues los aportes de servicio militar fueron fundamentales para el reconocimiento de la prestación.

Así las cosas, se considera acertado que las mesadas reconocidas a partir del 15 de noviembre de 2016, deben pagarse debidamente **indexadas**, al verse sometidas a depreciación

monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, resultando procedente garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Finalmente, y en cuanto a la procedencia de la devolución de la indemnización sustitutiva, si bien la juez de primera instancia no podía declarar la excepción de compensación, pues no se solicitó por COLPENSIONES, lo cierto es que sí podía oficiosamente declarar la excepción de pago parcial, tal como lo hizo y dejó plasmado en el numeral cuarto de la sentencia apelada, actuar que además resulta conteste con pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como por ejemplo la sentencia SL1247-2022, en la que se dispuso:

“Finalmente, cumple precisar que se autoriza a la demandada Colpensiones para que del retroactivo causado a favor de la demandante y sus menores hijos, descuente el valor indexado reconocido por concepto de indemnización sustitutiva según Resolución GNR17047 del 26 de enero de 2015 (f.º34 a 36), siempre y cuando la misma haya sido efectivamente recibida por los beneficiarios, entendiéndose como un pago parcial”.

En igual sentido, en sentencia SL4405-2021, se dijo:

“De otra parte, como la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez le fue reconocida al promotor del juicio mediante Resolución n.º 2350 de 1998 (f.º 16-18) en cuantía única de \$1.123.360.00, tal como se dijo en precedencia y lo dispuso para un caso de similares contornos la Corte Constitucional, en sentencia CC T-002A -2017, se ordenará a Colpensiones descontar del retroactivo pensional adeudado al demandante, el valor actualizado de ese pago, para lo cual aplicará la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (\$1.123.360.00)

Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de actualización de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, eso es, en la que efectuará el pago del retroactivo y descontará su valor.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Consecuentemente, en este sentido se modificará la sentencia objeto de consulta”.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ en su integridad la sentencia apelada y consultada.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00801 -01
Demandante: **ISMAEL ZAPATA ZAPATA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ismael Zapata Zapata
Demandada: Colpensiones
Radicación: 11001-31-05-**013-2019-00801-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario precisar que me aparto de las consideraciones y criterio expuesto, en torno a la posibilidad de acumular tiempos de servicio en el sector público sin cotización al ISS, hoy Colpensiones, con aportes efectuados a esa entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto considero que esa sumatoria o acumulación en general resulta improcedente, si de aplicar el citado reglamento del ISS se trata, con independencia de que se le haga producir efectos de manera directa, como en el caso se pretendía, o por virtud del régimen de transición; en este último evento, respecto del que disiento del cambio de criterio adoptado recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1947-2020), el que por demás está indicar, en la actualidad no cuenta con mayoría; y, comparto los argumentos de los magistrados que se apartaron de manera categórica de ese cambio jurisprudencial.

Al respecto, considero que si el régimen de transición remite a la legislación aplicable antes de la vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, ha de atenderse justamente a lo previsto por esa normatividad, para verificar la forma en la que se cumplen esos supuestos, y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ninguna de sus disposiciones permite la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al ISS, ni de aquellos sufragados en otras cajas de previsión social, con los que fueron efectivamente cotizados al Instituto, por el contrario, el art. 12 del Acuerdo establece como requisito para acceder a la pensión de vejez, un mínimo de **semanas de cotización** que deben ser **pagadas** o **sufragadas** en los lapsos allí referidos, lo que permite fácilmente concluir que se excluyen allí los tiempos de servicios no cotizados a la entidad.

Así mismo, en mi sentir resulta de suma relevancia que el referido acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, con la finalidad de regular exclusivamente las prestaciones reconocidas por el ISS, en las

condiciones previstas en ese reglamento, esto es, en virtud de los aportes realizados a la entidad, con la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación que estaba acorde con el funcionamiento de ese régimen pensional, sin prever o permitir la acumulación de tiempos, que se encontraba ya regulada por la Ley 71 de 1988, aplicable también en virtud del régimen de transición.

Finalmente, insisto en que me sumo a los planteamientos expuestos en los salvamentos de voto con los que cuenta el citado cambio de criterio (CSJ SL1947-2020), en particular lo expuesto por los H. Magistrados Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán (qepd), último del que me permito citar en adición a lo expuesto, la siguiente consideración que comparto en su integridad, como razón aneja para apartarme de manera razonada y justificada del nuevo criterio jurisprudencial:

“No menos importante resulta advertir, que esa ampliación o extensión de las posibilidades de aplicación del régimen de transición, no se acompasa con la finalidad del mismo, esto es, la protección de las expectativas pensionales de quienes se encontraban en camino de construcción de su pensión, pues las llamadas a ser protegidas eran aquellas que conforme a esa normatividad que les era aplicable antes del tránsito legislativo, les permitirían el reconocimiento de una pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y en este sentido, si no se contemplaba la sumatoria de esos tiempos en el régimen respectivo, y en consecuencia, no podían acceder así a las prestaciones pensionales, no existe ahora ninguna razón para que en virtud del régimen de transición sí sea posible.

Y es que, en ese escenario, no solo se mantendrían las condiciones pensionales anteriores, sino que se convertirían tales prerrogativas en una nueva modalidad de prestación, más benévola que las que venían rigiendo, creándose con ello un nuevo régimen, lo que a su vez contraría algunas de las finalidades con las que se instituyó el nuevo sistema pensional, que justamente pretendió unificar los múltiples regímenes existentes, procurando entre otros, lograr igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones del sistema, así como mayor cobertura y su sostenibilidad financiera, y en vez de ello, con el nuevo criterio, se estarían perpetuando, y aun incrementando, las desigualdades que venían rigiendo con anterioridad”.

Empero, preciso que acojo la ponencia, por cuanto tal como se concluye probatoriamente, el actor contaba con un total de 1.028,58 semanas, sumados el tiempo de servicio militar, con la totalidad de los aportes en los periodos de cotización al ISS, hoy Colpensiones, semanas que equivalen a 20 años de servicios, lo que en condición de beneficiario del régimen de transición le permitía causar la pensión de vejez en aplicación de la Ley 71 de 1988, a partir del cumplimiento de los mismos 60 años de edad, y en cuantía mínima equivalente a un salario mínimo, condiciones estas en las que se reconoció la prestación.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5d86b9afec95fee496b2b2314c0ad6e758b4a54daaedaf51377f8ef783d64d9e**

Documento generado en 13/09/2022 10:08:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00811-01
Demandante: **LUIS RAFAEL OCHOA ARDILA.**
Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS RAFAEL OCHOA ARDILA** promovió contra **PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la devolución de los saldos que efectuó en PROTECCIÓN S.A., junto con los correspondientes intereses de mora, e indexación.

Subsidiariamente, solicita la ineficacia de su afiliación a PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, se devuelva a su favor los

aportes efectuados a dicha administradora de pensiones, junto con las correspondientes comisiones por administración, debidamente indexados.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Nació el 05 de marzo de 1956; **2)** Se vinculó al servicio de La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional de Colombia, a partir del 01 de enero de 1977 y hasta el 19 de abril de 2001, esto es, 26 años, 2 meses, y 28 días; **3)** La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional de Colombia- Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL le reconoció una mensualidad vitalicia por el cumplimiento de los requisitos previstos en el régimen especial de las fuerzas militares; **4)** Producto de su retiro de las fuerzas militares, se vinculó laboralmente con la empresa TEAM S.A. a partir del 01 de julio de 2001; **5)** PROTECCIÓN S.A. omitió al momento de la afiliación indagar sobre sus condiciones laborales, creando una cuenta de ahorro individual; **6)** El 31 de diciembre de 2019 se quedó sin empleo y solicitó el retiro de su capital con el propósito de cubrir la totalidad de su crédito de vivienda; empero, le fue negada con fundamento en que debía hacer uso de su pensión mínima; y **7)** Solicitó nuevamente la devolución de sus saldos, no obstante, se señaló que tenía derecho a la pensión de que trata el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (medio óptico de folio 113), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se

declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa, compatibilidad de la asignación de retiro de las fuerzas militares y la pensión de vejez en el RAIS, irrenunciabilidad del derecho a una pensión de vejez, y la innominada o genérica

Manifestó que el demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez, el que es un derecho irrenunciable; que no existe ninguna prueba de que la entidad demandada hubiera viciado el consentimiento del actor para lograr su afiliación; que la afiliación del accionante fue libre, voluntaria, y sin presiones ni engaños; que las prestaciones de las fuerzas militares son compatibles con las de la Ley 100 de 1993, pues el primero, se trata de un régimen exceptuado; que el error en un punto de derecho no vicia el consentimiento; que era obligación del demandante informarse acerca del acto que estaba celebrando; y que los intereses moratorios se causan ante la falta de pago de una pensión de vejez o de sus mesadas.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 01 de septiembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió la A Quo que era válido que el accionante tuviera una pensión de jubilación de las fuerzas militares y, al mismo tiempo, empezara a cotizar al R.A.I.S., pues el primer régimen pensional está excluido de la Ley 100 de 1993, y las cotizaciones, en el segundo, se hicieron como trabajador particular; que la devolución de saldos está contemplada para personas que no alcanzan el saldo para acceder a una pensión de vejez, escenario en el que no se encuentra inmerso el actor, pues PROTECCIÓN S.A., manifestó que tiene el saldo suficiente para acceder a la prestación de vejez, por lo que podrá seleccionar la modalidad que más le convenga a sus intereses, si así lo desea; que aunado a lo anterior, el derecho a la pensión es irrenunciable, por lo que mal se haría el ordenar el pago de una

devolución de saldos, cuando lo procedente es el reconocimiento de una pensión de vejez; que no existió ineficacia del traslado de régimen, por lo que, no sería dable predicar la pérdida de beneficios de un régimen anterior, por demás que no es dable considerar que hubo un incumplimiento al deber de información, pues no debía ser rechazada su afiliación, pues si bien el actor tenía la calidad de pensionado en el régimen de las fuerzas militares, lo cierto es que ambas prestaciones resultarían compatibles; y que los trabajadores dependientes del sector privado son cotizantes obligatorios al sistema de seguridad social.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que de la jurisprudencia aludida por la A Quo ninguna aplica para el caso concreto; que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que el personal de las fuerzas militares se encuentra excluido de este régimen pensional, por lo que, al tener una pensión causada en dicho régimen especial estaba excluido de la posibilidad de acceder a una prestación en el R.A.I.S.; que la única posibilidad que tiene el actor de acceder a una pensión en R.A.I.S. es en la modalidad de retiro programado, salvo que su capital disminuya y deba salir a comprar una renta vitalicia; que aunado a lo anterior, el demandante no tiene derecho a un bono pensional; que no existe ningún soporte, que la pensión que tiene el actor le alcanzará para financiar su pensión y la de sus causahabientes, caso en el que el Estado va a suplir el valor a pagar, e incurriría en un doble pago proveniente del erario público; que para efectos de determinar si hay lugar a la devolución de saldos, hay que verificar cada caso en particular, y el actor cuenta con una pensión, tiene salud, y la posibilidad que su prestación se incremente, de modo que, “no es el mejor camino pensionarlo y el único para ampararlo”; que respecto de la ineficacia, se retrocedió en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba, y sus efectos, pues al demandante al

momento de hacer su afiliación no se le explicó nada sobre el régimen, no pudiéndose considerar que la carga de la prueba estaba en cabeza del actor, lo que sería un retroceso frente a la jurisprudencia actual; que en interrogatorio de parte, se manifestó por parte de la representante legal que no se entregó el reglamento de la A.F.P. pese a que este es el soporte del contrato de adhesión; y que ante esa falta de explicación se estaría en frente de una nulidad absoluta por carencia de objeto y causa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar, como problema principal si hay lugar al reconocimiento de devolución de saldos pese a que el actor tiene derecho a una pensión de vejez en el régimen de ahorro individual; y como problema o petición subsidiaria, si resulta posible devolverle al demandante los aportes efectuados en caso de encontrarse acreditada la ineficacia de su afiliación a PROTECCIÓN S.A.

DEVOLUCIÓN DE SALDOS.

Lo primero que se hace necesario rememorar es que la devolución de saldos es un beneficio de naturaleza *subsidiaria*, que hace parte de las prestaciones que se conceden en el régimen de ahorro individual con solidaridad y se encuentra prevista a favor de aquellos afiliados que, al llegar a la edad definida para pensionarse por vejez, no cumplen con los requisitos legales mínimos y, por tanto, tienen derecho a que se les reintegren los saldos acumulados. Así, lo prevé el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, cuando establece:

“ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior **no hayan cotizado** el número mínimo de semanas exigidas, y **no hayan acumulado** el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

Sobre el tópico, en sentencia SL6558-2017 se determinó:

“Al respecto precisa la Sala que el sistema de seguridad social en pensiones instituido por la Ley 100 de 1993, es de carácter contributivo, y los afiliados acceden a las distintas prestaciones en la medida en que, además de las exigencias específicas para cada contingencia, hayan satisfecho la densidad mínima de cotizaciones o reunido el capital necesario para financiarlas.

La devolución de saldos es un beneficio de la seguridad social, que se concede en el régimen de ahorro individual a quienes no alcancen a cumplir los requisitos legales mínimos para acceder a la respectiva pensión; pero que de todas maneras, en cuanto han hecho parte del sistema y han contribuido a él, no pueden quedar totalmente desamparados”.

Lo anterior, permite establecer que el sistema general de pensiones tiene por objetivo preferente cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte a través de prestaciones periódicas y vitalicias, (pensiones) que son, “[...] *la máxima expresión de la protección de la seguridad social, en tanto su carácter periódico y vitalicio aseguran a las personas afiliadas y beneficiarias una calidad de vida digna y los medios mínimos que permitan*

sobrellevar las dificultades que pueden acarrear tales contingencias existenciales, lo cual desarrolla el objetivo primordial del sistema -artículo 1.º de la Ley 100 de 1993. (CSJ SL1142-2021)

De esta manera, lo que se exige a las entidades encargadas de administrar el sistema general de pensiones, es encaminar su esfuerzo al reconocimiento de pensiones y no, de manera automática, el pago de la devolución de saldos, pues el carácter de esta, es supletorio, subsidiario (SL647-2022).

En suma, de acuerdo con lo expuesto por la aludida corporación, no es dable dejar de observar la connotación y relevancia del derecho fundamental de la seguridad social que administra una administradora de pensiones, disposiciones que no le otorgan al afiliado la posibilidad o discrecionalidad de renunciar a la pensión de vejez, pues se trata de un derecho mínimo e irrenunciable (artículos. 13 y 14 del C.S.T. y 53 constitucional). Al punto, en sentencia SL3470-2021, se dijo:

“De acuerdo con lo expuesto por la Corte, no se vislumbra yerro hermenéutico en las consideraciones del operador judicial plural, en tanto resulta ser cierto que la accionada con exceso de rapidez devolvió los saldos, sin observar la connotación y relevancia del derecho fundamental que administra, actuar con el que desconoció que el derecho a la pensión de vejez se estaba causando por el afiliado, cuya calidad era de cotizante activo, según lo sostuvo el ad quem, de modo que existía una «expectativa» legítima de acceder a esa prestación pensional.

Ahora bien, tampoco es de recibo lo esbozado por la sociedad impugnante, cuando por la vía de puro derecho expone que el Tribunal no se percató que en el expediente no había prueba de que el capital no fuese inferior al 110% del salario mínimo legal. Una verificación de tal naturaleza, conlleva un estudio de medios de convicción, imposible de abordar por la senda de puro derecho.

Lo discurrido, también corre en perjuicio de la censura, al verificarse que dejó libre de ataque uno de los argumentos del Tribunal cuando estimó que soslayó el deber de informar al demandante las consecuencias que traía la devolución de saldos.

Corolario de lo considerado, al no acreditar la censura los dislate jurídicos que le atribuyó al sentenciador colegiado, la decisión impugnada se mantiene incólume, además porque las

disposiciones que rigen el derecho a la seguridad social y la Constitución Política de 1991, no le otorgan al afiliado la posibilidad de renunciar a la pensión de vejez so pretexto de que una administradora de fondos de pensiones resolvió a motu proprio hacer la devolución de saldos, por tratarse la pensión de un derecho mínimo e irrenunciable (arts. 13 y 14 del CST y 53 de la CN)".

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y/O TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de ineficacia de afiliación o de traslado ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear la afiliación, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo", la consecuencia de declarar la ineficacia de esas afiliaciones y/o traslados de régimen pensional.

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados. Es así como el órgano de cierre profirió la sentencia **del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, cuyo contenido compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros. En la misma se lee:

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

Demandante: **LUIS RAFAEL OCHOA ARDILA.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

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

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

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

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la

construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

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

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

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

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente.

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

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

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

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

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

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

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el

incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

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

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** 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. (...)”. (Negrillas por la Sala).

Posteriormente, y **respecto de los actos de relacionamiento**, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“(…) Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto,

desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó (...)”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

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

De otro lado, , no desconoce la Sala que tratándose de afiliados que nunca han estado vinculados al régimen de prima media, la Sala de Descongestión del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, ha sentado que

la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, procura retrotraer la situación del afiliado al estado en que se hallaba antes de que migrara de régimen (statu quo ante), de modo que, si nunca se formó parte del modelo de prima media, la desaparición de la inscripción al R.A.I.S. no puede generar el traslado, por simple sustracción de materia (SL494-2022 y SL1545-2022). No obstante, la Sala se aparta de dichas decisiones -que en todo caso no constituyen doctrina probable- no solo porque para los efectos que conlleva la declaración de ineficacia resulta irrelevante que se trate de un traslado de régimen o de una afiliación al sistema, dado que lo determinante en dichos asuntos, resulta ser si se verificó o no el cumplimiento del deber de información debido y suficiente por parte de la A-F-P; sino además, porque la postura que aquí se expresa, se acompasa con lo que reiteradamente ha señalado la Sala Permanente de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, pues como se ha dicho a lo largo de esta providencia, se hace necesario que exista total claridad y precisión al momento de la afiliación, de modo que una inadecuada información, trae como consecuencia la pluricitada ineficacia.

DEL CASO CONCRETO.

No son hechos objeto de controversia los relativos a: **i)** Nació el 05 de marzo de 1956 (fl.6); **ii)** Mediante Resolución 1038 de 03 de mayo de 2001, el Ministerio de Defensa Nacional, le reconoció una asignación de retiro en cuantía del 85% de su salario (fls. 54 a 57); **iii)** El 18 de marzo de 2002, el actor se afilió a PROTECCIÓN, en donde cotizó 756,71 semanas a través de diversas empresas del sector privado, acumulando un capital de \$384'551.710,79 (medio óptico de folio 111); **iv)** El 10 de mayo y el 09 de agosto de 2019 solicitó devolución de aportes, empero, le fue negado tal pedimento el 11 de junio y 13 de agosto de 2019, respectivamente, señalándose que tenía derecho a una pensión de vejez (fls.71 a 83).

Sentadas las anteriores premisas, se tiene, **en cuanto a la devolución de saldos,** que conforme las probanzas del proceso, **el demandante tiene derecho a una pensión de vejez**, la que causó en el fondo privado PROTECCIÓN S.A., motivo por el que no resulta jurídicamente viable acceder a la pretensión incoada, pues, como se sentó en precedencia, dicha prestación se consolida en ausencia de requisitos para acceder a una pensión de vejez, (prestación principal); dada su naturaleza subsidiaria de ésta, y se consolida solamente en caso de llegar a la edad mínima para pensionarse por vejez sin verificarse el cumplimiento de los requisitos legales para ello.

Así entonces y en atención i) al carácter fundamental de la pensión de vejez; ii) al objetivo preferente del sistema de seguridad social en pensiones de cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, a través de una pensión; y iii) al tratamiento de la misma como un derecho mínimo e irrenunciable (artículos. 13 y 14 del C.S.T. y 53 constitucional); cuando un afiliado tiene causado el derecho principal, no le está otorgada la prerrogativa de *discrecionalidad o disponibilidad* del derecho tal como se pretende en la demanda de optar por una u otra prestación, razones que llevan a CONFIRMAR en el punto la sentencia de primera instancia

En relación con la pretensión subsidiaria que busca **devolverle al actor los aportes a pensión, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación** observa la Sala que en el medio óptico de folio 92 obra formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de marzo de 2002 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹ hecho que no se

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

desdibuja con la prueba de medio óptico de folio 92 que registra que al actor se le brindó el 26 de febrero de 2008 una reasesoría pensional, por cuanto la oportunidad de la debida información se juzga al momento del acto jurídico del traslado o afiliación, no con posterioridad (SL1688-2019).

Así las cosas, la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, da lugar, *en principio*, a declarar la ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

Pese a lo dicho, las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas, y con ello se impone la CONFIRMACIÓN de la sentencia de primera instancia, dado que, las consecuencias que persigue el demandante con la declaratoria de ineficacia, no se ajustan a la jurisprudencia relativa a tal temática.

En efecto, el demandante aspira es a la devolución de los aportes para que ingresen a su patrimonio, y no para que sean trasladados al régimen de prima media; circunstancia a la que no es dable acceder, como quiera que la consecuencia de la ineficacia de una afiliación y/o traslado, no es otra que la remisión de los valores que recibió el fondo privado - tales como, aportes, rendimientos, comisiones, entre otros- al régimen de prima media; más en ningún caso la jurisprudencia que ha dado los parámetros para evaluar la eficacia o ineficacia del acto de afiliación o traslado ha estimado la posibilidad de la devolución de estos a favor del afiliado o trabajador; lo anterior por la potísima razón de que dichos aportes pertenecen al sistema de seguridad social, y no al afiliado y se efectúan al sistema en virtud de la calidad de cotizante *obligatorio* que tuvo el demandante dado el vínculo contractual laboral con algún empleador, veáse al respecto la sentencia SL10546-2014, en la que se determinó:

“La misma suerte debe seguir la devolución de los aportes realizados por el demandante a la Seguridad Social, pues su no

procedencia se finca en que son dineros que engrosan el Sistema de la Seguridad Social, en orden a financiar las contingencias de los afiliados, en salud, pensiones y riesgos profesionales; por lo que no son sumas que pertenezcan al trabajador, salvo que se demuestre el pago directo por éste, de lo cual no existe noticia en el expediente”.

De igual manera, para la Sala no encuentra asidero jurídico la tesis del impugnante, según la cual al ser el régimen especial de las fuerzas militares uno excluido de la Ley 100 de 1993, el demandante nunca debió efectuar su afiliación, pues conforme al literal a) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 *“La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”*, y la pensión especial de las fuerzas militares y la que se llegare a causar en el sistema integral de seguridad social **por haberse efectuado cotizaciones provenientes como dependiente del sector privado, serían compatibles**. En efecto, en sentencia SL1871-2022, se explicó:

*“ (...)Por otra parte, la doctrina viviente a partir de la interpretación sistemática de los Decretos-Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, ha reconocido la **incompatibilidad de la asignación de retiro y de las otras pensiones militares, como prestaciones fundamentales del régimen especial de los miembros de la fuerza pública.***

*Dicha incompatibilidad se origina en la prohibición constitucional de conceder más de una asignación que provenga del tesoro público, cuya causa o fuente de reconocimiento sea la misma, es decir, en este caso, la prestación del servicio militar durante largos períodos de tiempo. Por ello, no es cierto como lo sostiene la accionante que se trate de un beneficio adicional desproporcionado e irracional. Por el contrario, se trata de una prestación susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo (al igual que la pensión de vejez) y que, por su propia naturaleza, es incompatible con otras pensiones militares. **Lo anterior, no es óbice para que se reconozcan pensiones de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público, siempre que se causen en diferente tiempo, provengan de distinta causa y tengan un objeto no asimilable.***

La Sala Plena hace suyos los planteamientos de la doctrina más autorizada sobre la materia, la cual ha sostenido que:

“(...) 1.3 Compatibilidad de la asignación de retiro. Estableció el legislador extraordinario la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público. Los

incisos 1° y 3° del artículo 175 del decreto 1211 de 1.990, señalan: (...)

Dicha compatibilidad constituye una excepción a la prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta Política, según la cual “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”. Y dentro de las asignaciones exceptuadas de tal prohibición, la Ley 4ª de 1.992, señala:

“b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública” (art. 19).

A contrario sensu, no son compatibles entre sí las prestaciones causadas por servicios militares, tal es el caso de las asignaciones de retiro y las pensiones militares, las cuales tampoco son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; son igualmente incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pudiendo el interesado optar por la más favorable (art. 175, inc. 2°).

(...)”.

Conforme a lo anterior, no existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

Lo hasta aquí expuesto, implica que, salvo las excepciones de ley, el demandante, en virtud de su régimen especial y por prohibición constitucional, no le es permitido devengar una asignación que provenga del tesoro nacional, situación, que, en todo caso, no le imposibilita prestar servicios a entidades privadas y afiliarse a alguno de los regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993, porque, ni el constituyente, tampoco el legislador, vedaron ese supuesto y bien se sabe, que cuando la norma no distingue, no le corresponde hacerlo a su interprete.

Es más, textos de rango constitucional y legal, exigen de la aquí enjuiciada, en cada una de las vinculaciones que la ataron con el petente, una acción positiva respecto a la vinculación y el consecuente pago de la respectiva cotización, pues nótese que el artículo 13 y 15 de la Ley de seguridad social integral, modificados por los artículos 2° y 3° de la 797 de 2003, dicen que la afiliación es obligatoria para todas las personas vinculadas con contrato de trabajo, como es el caso del demandante, lo que conlleva a sufragar los respectivos aportes, durante la vigencia de esa relación, evento último que cesará, cuando se reúnan las condiciones de la pensión mínima de vejez o al pensionarse por invalidez o anticipadamente (artículo 17 ib.), que hacen referencia, lógicamente, al sistema previsto en la

Ley 100 de 1993 y no a los regímenes exceptuados, como el del que se benefició el aquí accionante, y que tiene sus propias características e incompatibilidades, como se explicó, en profundidad, en las sentencias citadas con anterioridad.

Por manera que, no existe incompatibilidad entre la asignación de retiro y el cálculo actuarial ordenado por el Tribunal, porque al actor le era permitido prestar sus servicios a las fuerzas militares y, en atención al tiempo servido, acceder a las prestaciones de ese régimen especial, **siendo posible su vinculación a entidades de derecho privado**, tal como sucede en este asunto y estar cobijado por la Ley 100 de 1993, a afectos de financiar una pensión, sea ya en el régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones, cuyos dineros no tienen la condición de asignación proveniente del tesoro público, porque sus aportes son realizados por empleadores y trabajadores (CSJ SL451-2013) o, al de ahorro individual con solidaridad.”. (Negrillas por la Sala).

Esto que se dice conlleva entonces a que no sea dable acceder a la devolución de aportes que solicita el demandante, pues era obligación legal de sus respectivos empleadores efectuar las correspondientes cotizaciones al sistema de seguridad social integral en pensiones, inclusive, con la posibilidad de causar otra pensión de vejez, pues tales prestaciones son compatibles, por demás que al tener fuentes de financiación distintas no se incurriría en un doble pago del erario público, razones por las que como se advirtió en precedencia SE CONFIRMARÁ la sentencia en el punto apelado.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00811-01

Demandante: **LUIS RAFAEL OCHOA ARDILA.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

R E S U E L V E:

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

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Luis Rafael Ochoa Ardila
Demandada: Protección.
Radicación: 11001-31-05-**021-2019-00811-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto parcialmente de las consideraciones expuestas al resolver el recurso de apelación, por las razones que paso a explicar.

Como lo he expuesto en relación con los asuntos de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a acatar en la actualidad el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la alta corporación, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, otrora había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis jurídico procesal en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, también he precisado que considero que no hay lugar a adoptar la misma línea de decisión, conforme a ese precedente jurisprudencial consolidado, en caso de afiliación inicial al régimen de ahorro individual, que difiere sustancialmente del traslado de régimen pensional, por lo que considero que en el primer caso, no son aplicables los mismos criterios de decisión y cargas probatorias previstas jurisprudencialmente respecto de quienes pretenden la ineficacia de su traslado de régimen, aunque coincido en que las entidades administradoras en ambos regímenes del Sistema Pensional, tienen el deber de información

para con sus afiliados, en ningún caso considero que ello conlleve la ineficacia de la afiliación, y tratándose de una consecuencia establecida jurisprudencialmente, debe enmarcarse en los supuestos fácticos para los cuales se ha previsto, esto es, para el caso de traslado de régimen.

Aunado a lo anterior, atendiendo a que la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia de traslado, de conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, y la administradora de fondos de pensiones respectiva deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, rendimientos financieros, bonos pensionales, entre otros, porque se entiende que nunca hubo traslado y que el afiliado siempre permaneció en el régimen en el que se encontraba, el de prima media, que hoy administra justamente Colpensiones, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, en este caso no podría derivarse la misma consecuencia, pues no podía pretender el demandante retornar sin solución de continuidad a un régimen al que nunca perteneció, menos aún la devolución de los aportes con destino a su patrimonio, como se advirtió en la decisión para negar lo pretendido.

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias CSJ SL3587-2021 y CSJ SL4211-2021, que sin desconocer que no constituyen precedente jurisprudencial, la suscrita comparte las consideraciones allí plasmadas, por considerarlas ajustadas al criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta las particularidades de esos los concretos.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **455fb2c249d8e38b448ddc9e6e4d3ad7c4bc15274267bb168e3dfa692e4a4f58**

Documento generado en 13/09/2022 10:08:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **RICARDO BENÍTEZ QUINTERO** promoviese contra **GUILLERMO FRANCO RESTREPO**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de marzo de 2018 y el 15 de noviembre de 2019, y que terminó unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa; horas extras diurnas y nocturnas,

recargos nocturnos, y dominicales; reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta el tiempo laborado por concepto de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos; e indemnización moratoria.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 16 de marzo de 2018 ingresó a laborar al servicio del demandado, mediante contrato de trabajo a término fijo por un periodo inicial de dos meses, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Parquero, en el Parquero Castilla 24 Horas; **2)** Devengaba \$781.242; **3)** Laboraba dos días de 8:00 A.M. a 8:00 P.M., descansaba un día, y retornaba y laboraba dos días más de 8:00 P.M. a 8:00 A.M.; **4)** En los turnos de 8:00 A.M. a 8:00 P.M. laboraba tres horas extras diurnas, y en los turnos de 8:00 P.M. a 8:00 A.M., dos horas extras diurnas y tres horas extras nocturnas; **5)** Los turnos de 8:00 P.M. a 8:00 A.M. no se pagaban con los respectivos recargos nocturnos; **6)** Laboraba un promedio de dos dominicales diurnos y, dos dominicales nocturnos al mes; **7)** Nunca le pagaron el tiempo suplementario; **8)** Le efectuaban descuentos para pagar elementos de trabajo como linternas; **9)** El 15 de diciembre de 2018 presentó renuncia motivada, informado que le fueron asignadas funciones diferentes a las de Auxiliar de Parquero, y falta de pago de horas extras; y **10)** La tercera prórroga del contrato de trabajo había sido del 16 de septiembre de 2018 al 15 de noviembre de 2018, por lo que, se entiende que su contrato se había prorrogado hasta el 15 de noviembre de 2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

GUILLERMO FRANCO RESTREPO (archivo 5.1), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, compensación, y la innominada o genérica.

Aceptó la fecha de ingreso del demandante a su servicio mediante contrato de trabajo, la modalidad convenida a término fijo, el período inicial pactado, el cargo a desempeñar, el salario pactado, la renuncia presentada por el trabajador y la fecha de la misma, así como que la tercera prórroga al contrato había iniciado el 16 de septiembre de 2018, por lo que se entiende que el contrato se había prorrogado del 15 de noviembre de 2018 al 15 de noviembre de 2019. Negó los demás hechos.

En su defensa argumentó que el demandante cumplía el horario de trabajo pactado en su contrato de trabajo; que no autorizaba que se desarrollara la labor por fuera de la jornada laboral; y que pagó todas las obligaciones contraídas con el trabajador.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de octubre de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria**.

Luego de dejar sentado que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, el cargo, el salario, y la fecha de terminación, lo que por demás se puede verificar con la prueba documental; se adentró en el análisis de las pruebas, señalando que las partes pactaron que, para laborar horas extras era necesario que se allegara escrito de parte del trabajador en tal sentido; que de conformidad con el dicho de los testigos el actor laboraba turnos rotativos de 12 horas, no obstante, indicó que la prueba no documentaba, de manera específica, los domingos y festivos que se laboraron, aunado a que no se demostró que se superó el tiempo de la jornada laboral de las 48 horas a la semana; que las minutas allegadas no dan cuenta de ingreso y salida de los trabajadores, por demás que frente a dicho documento la declaraciones de los testigos de la parte actora resultan insuficientes.

En cuanto al despido indirecto afirmó que no se demostró la labor en tiempo extra o suplementario, y respecto a la falta de suscripción del contrato de trabajo, o que al trabajador se le impusieron labores diferentes para las que fue contratado, estas no son justas causa para dar por terminado el mismo; y que no hay lugar a sanción moratoria, dado que no se acreditó que se debiera algún tipo de rubro por concepto de salario o prestaciones sociales.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La **parte actora** expuso que *“quisiera hacer una apelación digamos de esta sentencia, habida cuenta que a juicio del suscrito sí se logró probar que efectivamente no se le está dando el alcance, digamos, a los testimonios aportados por los diferentes empleados, que en este caso eran el señor Kevin y el señor Andrés Pineda, no se les está dando el valor probatorio ni el peso al mismo, de tal suerte, que lo que se habla del despido indirecto, mediante el documento el cual se solicita que se reconozca el mismo, ya que, en reiteradas oportunidades se le había solicitado que se hiciera ese reconocimiento y pago, y tampoco se le ésta dando la ponderación o valoración al mismo escrito, y en ese ordenes de ideas no me encuentro conforme”*.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala extrae, pese a lo confusa de la misma, que el **problema jurídico** planteado a la sala se circunscribe a determinar si es dable considerar que el contrato de trabajo entre las partes terminó como consecuencia de un despido indirecto.

DESPIDO INDIRECTO.

El despido indirecto es el resultado de la acción que de manera consciente y por iniciativa propia realiza el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral. (Ver entre otras, la sentencia del 26 de junio de 2012, Sala de Casación Laboral, Rad. 44155 reiterada en la SL1082-2020).

En igual sentido, la misma Corporación ha dicho que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador debe ser sistemático, sin razones válidas, y debe estar relacionado inescindiblemente con los hechos configurativos de la justa causa invocada; de lo que debe entenderse por sistemático, regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que se ha tomado la conducta o el propósito de incumplir. (Sentencias SL16373-2017 y SL2423-2018).

Así mismo, , en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de un despido indirecto, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia establecida en el artículo 64 del C.S.T. modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la carga de la prueba se invierte, de manera que, a la parte actora, además de demostrar el hecho de la renuncia, le corresponde acreditar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador, sentencias SL14877-2016 y SL16373-2017:

“El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (fls. 99 a 102) (...)”

Finalmente debe tenerse en cuenta que, no puede obligarse al trabajador a permanecer y perseverar en un contrato de trabajo cuando no obtiene la contraprestación de sus servicios, de ahí que ante esta circunstancia la ley lo habilite para terminar su relación por justa causa imputable al empleador. Frente al punto, la sentencia del 27 de febrero de 2013, Rad. 36182, explica:

“(...) Sería realmente un exabrupto que el incumplimiento patronal en un punto tan sensible como el pago oportuno de salarios lleve a la situación paradójica de que el trabajador no pueda terminar el contrato unilateralmente y si lo hace no pueda reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente, cuando es claro que la responsabilidad en la ruptura del nexo no proviene de él sino de su contraparte. Dicho en otras palabras, es un contrasentido pregonar que la iliquidez o dificultades económicas de una empresa lleven automáticamente a la pérdida de derechos del trabajador, pues ello además de ir en contravía del artículo 28 del C. S. T., implica que además de verse privado de su remuneración, se vea condenado y en el dilema de persistir en la relación a pesar de los incumplimientos reiterados, o darla por terminada, pero sin derecho a percibir indemnización por ello. (...)”

DEL CASO EN CONCRETO.

No existe controversia o está acreditado en juicio lo relativo a **i)** la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, la modalidad utilizada, el cargo para el cual fue contratado el actor, las fechas de inicio y terminación del mismo y el salario pactado (fls.15 a 17); **ii)** El pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social sobre el salario básico (archivo 5.1); y **iii)** La terminación del contrato de trabajo mediante renuncia presentada por el trabajador el 15 de diciembre de 2018 (fls.18 a 30).

Adicional a la prueba obrante a folios 15 a 38, y archivos 5.1, 13, 14 y 15, comparecieron en calidad de testigos los señores **Andrés Fernando Pérez Pineda, Kevin Yair Quiroga Pineda y Martha Isabel Rodríguez** quienes manifestaron lo siguiente:

Andrés Fernando Pérez Pineda dijo que tiene un proceso contra la demandada, y que quiere que el actor le sirva como testigo; que entró a trabajar al servicio del demandado el 01 de julio de 2017, laborando hasta febrero de 2019; que entró antes que el actor a prestar servicios al demandado; que era Auxiliar de Parqueadero, pero también le tocaba hacer labores de guardia de seguridad, manejo de mascotas, caja, registro de vehículos, y mantenimiento; que en el parqueadero se trabajaba 2x2, es decir, dos días diurnos y dos días nocturnos, en horarios de 8:00 a 8:00; que el actor entró para realizar la labor de guardia, y después hizo caja; que el horario del demandante era de 8:00 A.M. a 8 P.M., y en la noche de 8:00 P.M. a 8:00 A.M.; que en el parqueadero había en promedio nueve o diez personas, que no siempre tenía el mismo turno que el actor; que los turnos eran asignados por Pedro; que cuando llegaban debían firmar una minuta, así como cuando salían; que hicieron una reunión en la que estuvieron con Martha Isabel Rodríguez, la administradora, y allí, el actor manifestó que estaba en desacuerdo con la falta de pago de recargos nocturnos, dominicales y festivos; que

Martha es la esposa del demandado, y la encargada del parqueadero; que el demandado casi no iba; que el vínculo entre las partes terminó porque el actor estaba en desacuerdo con la falta de pago de horas extras, dominicales, festivos, y recargos nocturnos; que el demandante trabajaba domingos y festivos; que las funciones de todos eran: registro de vehículos, rondas en la noche, además, como se tenían perros se debía mantenerlos en buen estado y hacer rondas para proteger el parqueadero; que con la minuta se controlaba lo que pasaba en el parqueadero; y que en varias ocasiones se reunieron con la señora Martha Rodríguez para expresar el inconformismo por el no pago de horas extras.

Por su parte, **Kevin Yair Quiroga Pineda** señaló que el demandado era su empleador, y el actor un compañero de trabajo; que interpuso demanda contra el demandado y quiere que el actor sea su testigo; que ingresó a trabajar para el demandado el 19 de septiembre de 2018, y se retiró en octubre de 2019; que cuando comenzó el actor ya estaba trabajando; que el actor era Auxiliar de Parqueadero; que cuando ingresaban firmaban un contrato de trabajo; que el actor se retiró porque estaba inconforme con su pago, ya que hacía trabajos en tiempo extra y no se remuneraba; que el demandante trabajaba turnos 2x2, por lo que, a veces debía laborar domingos y festivos; que esos turnos eran 12 horas dos días, de 8:00 A.M. a 8:00 P.M., y los siguientes dos días de 8:00 P.M. a 8:00 A.M., y dos días de descanso; que en pocas ocasiones estuvo en el mismo turno con el actor; que la orden de llenar la minuta la dio la señora Martha Rodríguez; que no les reconocían más que el salario mínimo así se hiciera más trabajo; que no se pagaban recargos nocturnos, dominicales ni festivos; que en distintas ocasiones se le dijo a la señora Martha Rodríguez, jefe inmediato, que querían el pago de los recargos, pero ésta no tomó medidas frente a las reclamaciones; que en algunas ocasiones se manejaban horarios distintos, una semana completa solo en la noche, pero el horario usual era el 2x2; que el horario del parqueadero era de 24 horas; que en el parqueadero

había una minuta en la que cada uno tenía su hoja, y ahí se firmaba la entrada y salida; que los compañeros de la caja registradora del parqueadero entregaban la minuta; que en la minuta también se anotaban pendientes que dejaban los conductores; que el jefe de todos era la señora Martha Rodríguez; que la programación de turnos la hacía una coadministradora del parqueadero; que la minuta de entrada y salida de los trabajadores era permanente; que los trabajos extra que se debían hacer consistían en arreglar la casa que se encontraba en el parqueadero, la tubería del agua, el cuidado de los perros, y organizar el material que se tenía en el parqueadero; que la actividad de auxiliar de parqueadero era supervisar la entrada de los vehículos, revisar que estuvieran en buen estado, mirar las novedades que se tenían, y ayudar a parquear los carros; que en el contrato no se hablaba de prestar vigilancia extra, pero si les ponían labores tales como, mirar que los dueños de los vehículos no le hicieran nada a otros vehículos e, incluso, que no se llevaran cosas de otro vehículo; que la labor de vigilancia no estaba en el contrato; que en ocasiones la minuta la diligenciaba el personal que estaba en la caja del parqueadero, y a veces ellos también la llenaban; y que en la casa que se encuentra en el parqueadero estaban viviendo trabajadores, los que estaban ahí según el grupo de trabajo, ya que cada grupo tenía su turno de trabajar en la noche.

Finalmente, **Martha Isabel Rodríguez** indicó que tiene un contrato de trabajo con el demandado desde enero de 2015; que ha sido pareja del demandado; que conoce al demandado hace diez años; que administra el parqueadero desde septiembre de 2017; que el actor prestó servicios en el parqueadero y comenzó a prestar servicios el 16 de marzo de 2018, suscribiendo contrato; que el horario del actor era 8:00 A.M. a 8:00 P.M.; que los trabajadores debían cumplir 48 horas semanales, y como habían 10 personas se rotaban en el día y la noche; que el turno de la noche era de 8:00 P.M. a 8:00 A.M.; que los turnos en ese momento los programaba Pedro Velásquez; que el actor no debía

llenar una planilla de ingreso y de salida, ya que estas sólo eran para registrar las novedades de los vehículos; que al actor nunca se le dijo que debía registrar la hora de entrada y de salida; que al actor no se le pagaban recargos nocturnos, porque laboraba turnos de 12 horas y de vigilancia; que el vínculo laboral con el actor se terminó, porque él se mostró inconforme cuando nació su hijo, y pidió que el sueldo no le alcanzaba para sus gastos; que al actor se le dijo que, si quería estar en la caja, pero para él era una responsabilidad muy grande; que el actor pidió una bonificación, sin embargo, se le dijo que nunca se había manejado algo más que el salario; que el actor presentó carta de renuncia, que no hacía turnos de noche, ya que sólo trabajaba de día; que los turnos nocturnos se dejaban para las personas que vivían dentro de la casa que estaba en el parqueadero, precisamente por el desplazamiento y dado que la zona es un poco insegura; que el actor nunca se quedó en la casa del parqueadero; que no existía minuta de entrada y salida de personal, había una planilla para llenar las novedades de los carros y vehículos; que no recibió reclamación de parte del actor para el pago de horas extras, él quería una bonificación; que nunca se habló de horas extra con el actor, ya que desde el momento que el pidió trabajo, se le dijo la forma del trabajo; que en el parqueadero de la 183, estaban de turno cuatro o cinco personas y se rotaban; que si bien el contrato dice Auxiliar de Parqueadero, es lo mismo que vigilante porque es quién vigila y está pendiente de los carros; que dentro de los horarios y los turnos, se cubrían los domingos, sin embargo, antes de que las personas comenzaran a trabajar se les decía cuáles serían los horarios, cómo rotaban y ellos decían si aceptaban o no; y que no tuvo conocimiento de la renuncia motivada de Ricardo ya que el solamente dijo que se iba.

Pues bien. Sea lo primero precisar que los testigos fueron evaluados con mayor rigurosidad de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, toda vez que Andrés Fernando

Pérez Pineda y Kevin Yair Quiroga Pineda manifestaron tener demanda contra el aquí accionado por razones similares a las que pretende el demandante y Martha Isabel Rodríguez, señaló que sostuvo en diferentes tiempos una relación sentimental con el demandado.

Sentado lo anterior, y conforme al acervo probatorio aludido, encuentra la Sala que el accionante dio por terminado el contrato de trabajo con fundamento en las siguientes causas: **i)** Se pactó una jornada laboral de 8:00 A.M. a 8:00 P.M. y de 8:00 P.M. a 8:00 A.M., variados cada dos días, es decir, dos días diurnos y dos, nocturnos, con lo que estaba laborando 60 horas a la semana y en ocasiones más; **ii)** no se firmó copia del contrato de trabajo que se le entregó; **iii)** tuvo que realizar funciones que no estaban pactadas en el contrato de trabajo, pues fue contratado como Auxiliar de Parquero, pero debió efectuar funciones de cajero, vigilancia y guarda de seguridad; y **iv)** que en varias ocasiones solicitó el pago de horas extras, dominicales y festivos, pero siempre le contestaron con excusas (fls. 18 y 19).

Pues bien, frente a las **causales primera y cuarta**, esto es, que se pactó una jornada laboral de 8:00 A.M. a 8:00 P.M. y de 8:00 P.M. a 8:00 A.M., variados cada dos días, es decir, dos días diurnos y dos, nocturnos, con lo que estaba laborando 60 horas a la semana y en ocasiones más, así como que solicitó el pago de horas extras y estas nunca se pagaron; sea lo primero advertir que de conformidad con la cláusula quinta del contrato de trabajo *“El trabajador se obliga a trabajar la jornada máxima legal, salvo estipulación expresa y escrita en contrario”* (fl.15), por lo que se hace necesario remitirse al artículo 161 del C.S.T. que establece:

“ARTICULO 161. DURACION. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana (...).”

Así mismo, y en relación con los trabajos por turnos el artículo 165 del C.S.T. señala:

“ARTICULO 165. TRABAJO POR TURNOS. Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continuada y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48) semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un período que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras.”

De igual manera, se hace necesario rememorar el criterio inveterado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en decisiones por ejemplo como las del 15 de julio de 2008, Rad. 31637 y SL3009-2017, en las que se dijo que las horas extras, dominicales y festivos laborados, han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Sobre el tópico, dijo la H. Corte:

“No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén”.

De esta manera, es claro que cuando se trata de un trabajo que por su naturaleza no exige una labor continuada se puede prestar el servicio por turnos, caso en el que se puede ampliar en más de ocho horas la jornada, y en más de 48 horas las semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un período que tres semanas no exceda un promedio de ocho horas ni de 48 a la semana.

En ese orden de ideas, se procede a verificar el horario del accionante, no obstante, se hace necesario advertir que no obra ninguna prueba documental de la que se pueda determinar que

el accionante trabajaba horas extras y/o tiempo suplementario, pues el documento en el que se sentó la declaración de los testigos **Andrés Fernando Pérez Pineda y Kevin Yair Quiroga Pineda**, esto es, “la minuta”, contrario a lo que exponen dichos declarantes, no contiene las horas de ingreso y salida de trabajadores, pues por el contrario versa sobre las novedades generales que se presentaban en el parqueadero, especialmente, lo que se refieren a los vehículos que se custodiaban, entrega de elementos a trabajadores, recibo de la entrega de la comida de los perros de seguridad, visitas de autoridades como policía y bomberos, y novedades de algunos trabajadores, tales como, permisos, prestamos, y ocasionalmente los días en que laboraban algunos trabajadores (archivo 15).

En todo caso, habrá de resaltarse frente a los testigos Andrés Fernando Pérez Pineda y Kevin Yair Quiroga Pineda que si bien señalan que en el parqueadero se trabajaba en un horario 2x2, es decir, dos días diurnos y dos días nocturnos, con un día de descanso, de 8:00 A.M. a 8:00 P.M., y 8:00 P.M. a 8:00 A.M., respectivamente, no existe en el plenario prueba alguna que respalde que el actor trabajaba en horario nocturno; y si bien del **interrogatorio de parte del demandado** se logra extraer que se pudo trabajar domingos y festivos, lo cierto es, que no aparecen identificados de forma clara y específica cuáles de dichos días prestó sus servicios a favor de éste.

Lo anterior cobra mayor fuerza, si se tiene cuenta que la testigo **Martha Isabel Rodríguez**, si bien indicó que el horario del actor era 8:00 A.M. a 8:00 P.M., también señaló que el trabajo en el parqueadero era por turnos de trabajadores, que el actor siempre trabajaba en jornada diurna, y que en tal esquema el trabajador nunca excedió de 48 horas semanales, por lo que, en tal sentido no podría considerarse que se laboró horas extras y/o tiempo suplementario, y en consecuencia que habría lugar que el empleador debía reconocerlas. Por tanto, no se encuentra debidamente acreditada las causales primera y cuarta de la carta

de renuncia del trabajador; circunstancia que sea dicho de paso también impediría el reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, como se pretendió inicialmente en la demanda.

Por otra parte, en cuanto la **causal segunda** de la terminación del contrato de trabajo, esto es, que no se firmó copia del contrato de trabajo que se le entregó, ciertamente dicha circunstancia es insuficiente para determinar que el empleador se abstuvo de cumplir con sus obligaciones contractuales, pues no está contemplada tal situación en el artículo 57 del C.S.T., así como tampoco en el artículo 62 *ejusdem*.

Finalmente, y en lo atinente a la **causal tercera**, esto es, que el demandante tuvo que realizar funciones que no estaban pactadas en el contrato de trabajo, pues fue contratado como Auxiliar de Parquero, pero debió efectuar funciones de cajero, vigilancia y guarda de seguridad; debe señalarse que tal circunstancia ciertamente tampoco está catalogada como justa causa en el artículo 62 del C.S.T. y a lo sumo podía enmarcarse en el numeral 1°, esto es, *“El haber sufrido engaño por parte del {empleador}, respecto de las condiciones de trabajo”*.

No obstante, y si bien de las declaraciones de la totalidad de testigos es dable determinar que el actor desarrolló labores de vigilancia, guarda de seguridad, y cajero, lo cierto es que conforme a lo expuesto por el mismo **actor en interrogatorio de parte**, es dable establecer que tenía conocimiento que debía realizar tales funciones, pues señaló que *“a mí me dijeron que era auxiliar de parqueo, como lo mencioné, eso era pues ubicar los vehículos que ingresaban al parqueadero, obviamente, estar pendiente de los turnos de cada vehículo, de que, o sea, dejarlos ubicados de una manera organizada dentro del parqueadero, pues dentro de esas funciones creo que también nos tocaba hacer turnos de vigilancia como cuidado de los vehículos, del parqueadero como tal, y del manejo del ingreso económico respecto de los turnos de los vehículos, eso fue pues lo que a mí manifestaron al momento de yo ingresar a trabajar allá”*.

En igual sentido, la testigo Martha Isabel Rodríguez señaló que la función de principal del Auxiliar de Parquero era la de vigilancia y guarda de seguridad; y que inclusive el actor tuvo la posibilidad de visitar previamente el parqueadero con su tío para verificar lo que iba a realizar, y si estaba de acuerdo con ello.

Finalmente, de las declaraciones incorporadas al proceso no se desprende en todo caso y en gracia de discusión, que unas eventuales y supuestas disposiciones *nuevas* del empleador, estuvieren por fuera del marco de las obligaciones generales del trabajador como “Auxiliar de Parquero”, pues se infiere que labores tan genéricas como la pactada, traen consigo las de vigilancia de vehículos y las de recibir dinero producto del pago del parqueadero, funciones que, valga señalar, no atentan contra su dignidad, no desmejoran sus condiciones, -o así no se probó- ni se pueden considerar como un abuso de autoridad.

Lo que atrás se dice tiene el fin de advertir que tampoco observa la Sala un ejercicio ilegítimo de la facultad del *ius variandi* de la que está revestido el empleador, quien puede realizar cambios discrecionales en lo que se refiere al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción, las funciones o actividades a ejecutar, siempre y cuando claro está dichos cambios se enmarquen en el respeto de la dignidad humana y no afecten o representen desmejora de las condiciones laborales de los trabajadores, razones todas estas por las que se considera que dicha causal tampoco sale adelante.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00178 -01

Demandante: **RICARDO BENÍTEZ QUINTERO.**

Demandado: **GUILLERMO FRANCO RESTREPO.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo la parte actora.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Henao', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'A' and a long, sweeping underline.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500720190038901

Demandante: JOSÉ ALFREDO GONZÁLEZ LÓPEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Diana María Vargas Jerez, identificada con C.C. No. 1.090.449.043 y T.P. No. 289.559 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ ALFREDO GONZÁLEZ LÓPEZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado el 1° de febrero de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor, por concepto de aportes y rendimientos; y a esta última a recibir tales dineros y tener como válidamente afiliado al demandante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (Fls. 65 a 104 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, luego de declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al

pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. (Fls. 150 a 168 Archivo 01), presentó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, tras manifestar que no eran ciertos o no le constaban la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS con Protección S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Fls. 169 a 205 Archivo 01), se opuso a las pretensiones de la acción, declaró que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., con fecha 1° de febrero de 1995, así como el realizado con posterioridad a la AFP Santander -hoy Protección S.A., - el 28 de junio de 2000.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales deben incluir los rendimientos; así mismo le ordenó, tanto a PORVENIR S.A. como a PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES todos los gastos de administración y comisiones que se hubieren descontado, ello de manera indexada; y a esta última a recibir al demandante sin solución de continuidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, adujo que en el expediente no se encontró prueba alguna que demostrara la existencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, y que en este caso se está frente a un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado, no lo afecta la nulidad ni su rescisión judicial.

Indicó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad en estos casos esté solamente en cabeza de los fondos privados, lo cual se convierte en una responsabilidad objetiva, ya que no se le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre que está ante la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, pero sí obliga que la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, sin que exista un mínimo esfuerzo probatorio del demandante.

Se apoyó en una sentencia emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para con ella recalcar que existen obligaciones recíprocas también por parte de los demandantes, ya que el régimen del consumidor financiero indica que entre los deberes está el de la información adecuada de las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de información y divulgación y las capacitaciones para conocer el funcionamiento del sistema pensional, derechos y obligaciones que también corresponden a los demandantes.

Expuso, que las decisiones de los despachos que declaran la nulidad o ineficacia jurídica del traslado de régimen pensional, quiebran el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución, pues esta situación genera el quiebre del sistema pensional y pone en riesgo la descapitalización del sistema de pensiones, además,

trajo a colación las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 y SU-130 de la Corte Constitucional, en las que se manifiesta que, en materia de traslados, no puede resultar subsidiada una persona a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados dado que el esquema del RPM se descapitalizaría y la declaratoria “injustificada” del traslado pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, citando también la sentencia T-489 del 2010, en la que se indica que no se puede permitir la descapitalización del sistema pensional si personas que no contribuyeron a su formación, se benefician en último momento del ahorro comunitario, accediendo a una prestación cuyo pago desfinanciaría el sistema pensional.

PORVENIR S.A., adujo que el traslado realizado por el demandante en el año de 1995 es válido, ya que en este se cumplieron con todos los requisitos existentes a la fecha, para hacer válido dicho acto jurídico, en tal sentido, se evidencia que el actor firmó el formulario de afiliación, el cual era la único documental que se requería para la fecha del traslado, para hacer efectiva su vinculación o la afiliación al sistema general de pensiones como su traslado.

Precisó que con el interrogatorio de parte quedó demostrado que el demandante sí recibió la debida información y el hecho de que no se le hayan realizado proyecciones o advertido las posibles consecuencias con ocasión del traslado no implica que se le haya vulnerado el derecho de información, reiterando que para la época en que el demandante se vinculó con Porvenir S.A., esto es para el año 1995, no era posible determinar unas consecuencias o desventajas frente a un derecho pensional que no se tenía la certeza de consolidar y que en tal sentido no puede endilgársele a esa A.F.P., una falta al deber de información, además, la inconformidad del demandante se refiere al monto de su mesada pensional, situación que no es suficiente para determinar una ineficacia del traslado.

Indicó que se aparta de la condena por gastos de administración, pues la consecuencia de la ineficacia de traslado es entender que el negocio jurídico nunca se celebró, por lo que los frutos resultado de la administración de los recursos del demandante por parte de esta AFP y los rendimientos nunca se generaron, por lo que resulta improcedente condenar a devolver conjuntamente los rendimientos generados y los gastos de administración, pues sería entender que se generaron unos rendimientos y que el demandante tiene derecho a ellos, pero desconocer la administración de Porvenir S.A. respecto a los aportes que generaron esos rendimientos

PROTECCIÓN S.A., señaló que, al declararse a ineficacia del traslado solamente sería procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos generados por la buena gestión de Protección S.A., pero no es procedente se ordene la devolución de las sumas que descontó por gastos administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme la ley, como contraprestación a la buena gestión de administración, como se permite legalmente, de tal suerte que, si el demandante no se hubiere trasladado, Colpensiones también hubiese descontado dichas sumas.

Indicó que la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior y, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende PROTECCIÓN S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, además, debe tenerse en cuenta que el artículo 1746 del CC habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras y, con base en esto, debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia de la afiliación, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos o mejoras que obtuvo

el afiliado, esto es los rendimientos que obtuvo y la AFP obtuvo la comisión de administración la cual debe conservarse si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Puso de presente que al ordenar a PROTECCIÓN S.A. devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de la AFP, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, lo que resulta ser una interpretación no acorde con la Constitución y la Ley en detrimento del patrimonio de esa entidad, vulnerándose su derecho de igualdad y privilegiando de manera desigual e injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado ineficaz y que fue suscrito de buena fe por esa AFP.

Finalizó precisando que no debe ordenársele la devolución conjunta de los rendimientos y la comisión de administración, ya que se trata de prestaciones ya caducadas y no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual del demandante produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de Protección S.A. la que, a su vez, cobró una comisión para hacer rentables dichos dineros, siendo conceptos totalmente excluyentes, es decir, no se pueden devolver los dos al afiliado pues no hay causa fáctica ni jurídica para hacerlo, pues se estaría desconociendo el trabajo que durante años realizó esta AFP en favor del demandante, vulnerando el derecho a las restituciones mutuas con frutos e intereses y mejoras, sin igualdad de trato en el marco de una relación contractual precedida por la buena fe.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes demandante y demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

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

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la

inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información(...).".

(...)"

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que

Código Único de Identificación: 11001310500720190038901

Demandante: JOSÉ ALFREDO GONZÁLEZ LÓPEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta,

suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al R.P.M.P.D., administrado por COLPENSIONES el día 02/03/1989 (Fl. 14 archivo 02); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S., el día 07/02/1995 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 41 y 189 archivo 01); **iii)** efectuó traslado horizontal a la AFP SANTANDER – hoy PROTECCIÓN S.A., - el día 28/06/2000 (fl. 168 archivo 01); y que **iv)** el día 27/11/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 30-31 archivo 01)

Pues bien, a folios 41 y 189 archivo 01 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 07/02/1995 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra esclarecerse que este conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se evidencia que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para él, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada.

En cuanto al asunto relativo a la carga de la prueba, argumento presentado por Colpensiones en su recurso, como se reseñó con la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en mejor posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial, y si bien es cierto el demandante, como consumidor financiero tenía obligaciones, como la de informarse, tal y como lo anotó Colpensiones en su recurso, ello no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado la información suficiente previa a la decisión de cambio de traslado.

De otro lado, argumenta Porvenir S.A., al sustentar su recurso de apelación, que el formulario de afiliación era el único requisito exigible para la fecha del traslado del demandante, razonamiento que no se comparte, pues el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de

traslado, más el mismo no suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal; luego, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 07 de febrero del año 1995, y ello así no aconteció.

. Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor González López en el traslado que esta realizó en el mes de febrero de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que el actor demuestre su existencia, tal y como lo pretende Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es,

Código Único de Identificación: 11001310500720190038901

Demandante: JOSÉ ALFREDO GONZÁLEZ LÓPEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razones más que suficientes y que conllevan la desestimación de los argumentos de las AFP apelantes en tal sentido e imponen concluir acertada la sentencia del *A Quo*, al ordenar a Protección S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras); recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

La anterior orden **debe ser extensiva a Porvenir S.A.**, tal y como lo anotó el sentenciador de primer grado en su decisión y en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las

consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

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

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

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

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

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

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

deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Finalmente para resolver el restante punto de apelación , debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo arguye Colpensiones en su apelación, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella

Código Único de Identificación: 11001310500720190038901

Demandante: JOSÉ ALFREDO GONZÁLEZ LÓPEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, al haber sido resueltos desfavorablemente los recursos de apelación por estas presentados.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

Código Único de Identificación: 11001310500720190038901

Demandante: JOSÉ ALFREDO GONZÁLEZ LÓPEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$350.000 a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: José Alfredo González López
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2019-00389-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8a20526f72e35df478d224766412d66c553d52a89e443e3f8e3487357f99aab9**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:10 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.
Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” y/o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Solidaridad a través de Davivir hoy PROTECCIÓN S.A., así como sean anulados los traslados entre administradoras del R.A.I.S.; y que la única afiliación válida fue la que efectuó al régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, solicita que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. devuelva a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, que COLPENSIONES reciba los dineros aludidos y proceda a corregir y actualizar la historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls. 152 a 167), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 113 a 123), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 223 a 231), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES** (fls. 259 a 285), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó 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 seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y de ponderación; 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; 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.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 19 de julio de 2021, declarando la nulidad del traslado de la demandante a través de Davivir - hoy PROTECCIÓN S.A-. Igualmente, condenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las cotizaciones, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir tales aportes y actualizar la historia laboral. Condenó en costas a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES señaló que la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria, aceptando las condiciones del R.A.I.S.; que lo anterior, se evidencia con el formulario de afiliación y la ratificación de la actora de estar en tal régimen al trasladarse en diversos fondos; que la demandante solicitó su traslado cuando ya estaba inmersa dentro de la prohibición legal de cambio de régimen; que hubo un error de derecho, el que no vicia el consentimiento; y que no debe pasarse por alto el principio de sostenibilidad financiera, pues se deja en desventaja a las personas que han estado aportando al régimen de prima media.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de PORVENIR S.A., parte actora, y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, advirtiendo que conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se surtirá la Consulta en favor de la entidad demandada.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver, se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la

ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.
Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

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

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

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

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

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

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad**. 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. (...)”. (Negrillas por la Sala).

Posteriormente y **respecto de los actos de relacionamiento**, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador (...)

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

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

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 18 de febrero de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 56 y 57; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Davivir S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 17 de julio de 1994 (fl. 232); **iii)** La demandante efectuó los siguientes traslados dentro del R.A.I.S: el 09 de noviembre de 2006 a SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 17 de abril de 2012 a PORVENIR S.A., y el 14 de agosto de 2014 a SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls. 168, 189, y 215); y **iv) Solicitó** retornar nuevamente al Régimen de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Prima Media el 09 de octubre de 2019, ante PROTECCIÓN S.A., SKANDIA FONDOS DE PENSIONES DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, respectivamente las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls. 67 a 112, y 188).

A folio 232 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 17 de julio de 1994 con Davivir hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor sólo refirió que el I.S.S. se iba a acabar, y que el motivo de su afiliación fue porque el asesor le dijo que podían rescatar los tiempos cotizados al I.S.S.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora HOYOS ESPINOSA en el traslado que ésta realizó el 17 de julio de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

En ese orden de ideas, sería del caso confirmar en tal sentido la sentencia, si no fuera porque el A Quo declaró la nulidad del acto de afiliación, y como quedó visto la consecuencia de la falta de información, es *la ineficacia del traslado*, de modo que se hace necesario **MODIFICAR el numeral primero** del fallo en este sentido.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de devolver los aportes, rendimientos, frutos e intereses, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que los demás fondos privados, esto es, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de primera se deberán adecuar teniendo en cuenta que no sólo se impuso condena a SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sino también a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que lo que se declara es la “ineficacia” del traslado efectuado por la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de conformidad con las consideraciones vertidas en precedencia.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no sólo debe devolver los aportes, rendimientos, frutos e intereses, sino que también debe devolver los valores que haya recibido por concepto de bonos **pensionales, gastos de administración, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**. Igualmente, se ADICIONA que PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO. - Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de primera se deberán adecuar teniendo en cuenta que no sólo se impuso condena a SKANDIA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sino también a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00734 -01.

Demandante: **MARÍA CLEMENCIA HOYOS ESPINOSA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Henao', with a stylized, flowing script.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Clemencia Hoyos Espinosa
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**005-2019-00734-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b584e9638501c0dc10a35e9cb43baaf9cfdaf9b04ba2a59de3a97710ebcc1bc4**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, así como a estudiar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ELIZABETH FLÓREZ RIVERA** promovió contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa aspira a que se ordene el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, a partir del 27 de junio de 2018, así como la indexación y los intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Mediante Resolución 8109 del 05 de diciembre de 1985 se le reconoció pensión de vejez a Armando Rotundo Arévalo; **2)** El 01 de noviembre de 2013, declaró con Armando Rotundo Arévalo la existencia de una unión marital de hecho, pues tenían vida en común desde el 15 de noviembre de 1995, compartiendo techo, lecho y mesa; **3)** El 27 de junio de 2018 falleció el señor Armando Rotundo; **4)** El 17 de julio de 2018 solicitó pensión de sobrevivientes, la que se negó mediante Resolución SUB 236799 del 07 de septiembre de 2018, confirmada mediante Resoluciones SUB 264268 del 08 de octubre de 2018 y DIR 18739 del 22 de octubre de 2018; y **5)** Presentó acción de tutela, no obstante, esta se negó en ambas instancias.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 6), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe; no configuración al derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; no configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; compensación; prescripción; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; y la innominada o genérica.

Manifestó que, de acuerdo a la investigación realizada por la entidad la demandante manifestó que en escritura pública se indicó que inicio unión marital con el causante el 15 de noviembre de 1995, fecha en la cual éste contaba con la edad de

71 años y la demandante contaba 48 años, y dado que esta escritura data del año 2013, fecha en la que el causante tenía 89 años, no se le podía dar credibilidad.

2. INTERVENCIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Señaló que el Despacho deberá de una parte establecer mediante las pruebas aportadas y las que se consideren de oficio decretar y practicar, si el señor Armando Rotundo Arévalo dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de septiembre de 2021, dictó **sentencia** en la que declaró el derecho que le asiste a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente ARMANDO ROTUNDO AREVALO, desde el 27 de junio de 2018, en un porcentaje del 100% de la prestación que venía percibiendo el pensionado, por lo que consecuentemente condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de sobrevivientes, incluido el retroactivo causado desde el 27 de junio de 2018 y hasta la fecha efectiva de pago, autorizando a la entidad de pensiones a realizar los descuentos legales en salud. Igualmente irrogó condena al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 17 de septiembre de 2018 y hasta la fecha en que se realice el pago de las mesadas pensionales causadas desde el 27 de junio de 2018 y condenó en costas a la pasiva.

En síntesis, refirió la A Quo, que al ocurrir el fallecimiento de la causante el 27 de junio de 2018, la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; que del

acervo probatorio se logra extraer que la actor y el causante, convivieron durante los cinco años anteriores al fallecimiento del primero, pues existe escritura pública que da cuenta de tal unión marital de hecho, que la actora era beneficiaria en salud del fallecido, y que la demandante podía realizar todo tipo de trámites ante entidades financieras por autorización del exánime; que aunado a los anterior, los testigos fueron contestes en establecer una convivencia de por lo menos cinco años; que no se allegó la correspondiente investigación efectuada por COLPENSIONES, para determinar la veracidad de esta; que no es dable declarar la excepción de prescripción, ya que, la prestación se causó el 27 de junio de 2018, y se demandó el 26 de febrero de 2020, esto es, dentro de los tres años; que hay lugar a intereses moratorios, pues se debió reconocer la pensión, luego de los dos meses de haberse efectuada la petición; y que al imponerse intereses moratorios, no es dable reconocer indexación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES manifestó que no se comparte la valoración probatoria, pues no se acreditaron los cinco años exigidos por la norma, ya que, todos los documentos allegados no dan cuenta de tal tiempo de convivencia, si bien la actora era beneficiaria en salud del causante sólo se hizo hasta febrero de 2014, y la escritura pública fue efectuada en noviembre de 2013; que en los testigos comparecientes no se puede establecer el tiempo de convivencia aludida, por demás que no ingresaron a su hogar, no asistieron al entierro, no conocieron la situación de salud, simplemente, lo que se puede extraer es que era su cuidadora; y que fueron los hijos los que estuvieron a cargo de la asistencia clínica y el entierro del causante.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

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

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si está acreditado el requisito de convivencia para considerar a la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Armando Rotundo Arévalo; si es acertada la fecha de reconocimiento establecida por la A Quo; y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Armando Rotundo Arévalo -27 de junio de 2018- (fl.13) la norma que gobierna el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que indican:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

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;

b) (...) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”

En cuanto a la **convivencia**, es necesario precisar que en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados.

Frente dicha providencia, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora **SU-149 de 2021** estableció que la interpretación dada por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva y que el precedente aplicable en la materia, era la Sentencia **SU-428 de 2016** cuya *ratio decidendi* enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

Por su parte, en sentencia SL4318-2021 la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dio cumplimiento a las órdenes de la sentencia SU-149 de 2021, advirtiéndose en las aclaraciones de voto que la providencia se profirió única y exclusivamente en acatamiento de lo dispuesto en el fallo SU-149 de 2021, proferido por H. Corte Constitucional; que las sentencias tomadas en virtud de un estudio de constitucionalidad tienen fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335- 2008 y C-539-2011); mientras que las sentencias de tutela, aunque también tiene fuerza vinculante, le permiten al juez apartarse de sus postulados, siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU- 611 de 2017).

Agregó que, por lo anterior, se mantenía la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la H. Corte Constitucional por considerar que dicho criterio jurisprudencial resulta completamente razonable, ajustado al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional.

Por otra parte, es necesario rememorar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del 29 de noviembre

de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

DEL CASO EN CONCRETO.

Previo a resolver lo que corresponde, importa resaltar que, en el presente evento, se encuentran por fuera de discusión los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el status de pensionado por vejez que ostentaba el señor Armando Rotundo Arévalo desde el año 1985 (fls. 29 a 32); **ii)** La declaración mediante escritura pública, de la existencia de la unión marital de hecho suscrita por el causante y la demandante el 01 de noviembre de 2013 ante la Notaría 61 de Bogotá, en la que se declara que viven bajo el mismo techo compartiendo como compañeros permanentes desde el 15 de noviembre de 1995, (fls.15 a 17); declaración que se reiteró el 10 de noviembre de 2015 (archivo obrante en la carpeta CC-60960); **iii)** La afiliación de la demandante en calidad de beneficiaria en salud en el grupo familiar del causante el 04 de febrero de 2014, (fls.20 a 23); **iv)** El fallecimiento del pensionado Rotundo Arévalo el 27 de junio de 2018 (fl.13); y **v)** La solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por la demandante el 17 de julio de 2018, negada mediante resoluciones SUB 236799, SUB 264268 y DIR 18739, todas de 2018 (fls.26 a 45).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 13 a 60 y carpeta CC-60960, al proceso comparecieron a rendir testimonio **José Vicente Benítez Ávila e Irma Serena Pinilla**, quienes manifestaron lo siguiente:

José Vicente Benítez Ávila conoce a la actora porque ella trabajaba en el barrio Galán desde hace 49 años; que el causante era su amigo, jugaba con él billar; que la actora vivió con el difunto como 18 años, convivió con él hasta que murió; que lo anterior lo sabe por su condición de amigo y vecino; que la actora y el causante salían para todo lado juntos, nunca tuvieron ningún tipo de separación; que el causante murió por su edad;

que quien acompañó al causante en su convalecencia fue la actora; que el causante y la demandante no tuvieron hijos; que no conoció que la actora o el causante tuvieran otra pareja; que la relación del difunto y de la accionante era muy buena; que el causante siempre acompañaba a la actora a todos lados; que la actora trabajaba vendiendo chance o lotería; que nunca ingresó al domicilio del causante y de la actora no compartió reuniones familiares en el domicilio de ellos, pero a veces tomaba tinto afuera o jugaba billar con ellos; que no conoció los hijos del causante; que no asistió a las honras fúnebres del causante; que conoce tres hijos de la actora; que fue vecino del causante y la exánime, ya que estaba a siete u ocho cuadras de ellos; y que veía al causante y la accionante como pareja todos los días.

Por su parte, **Irma Serena Pinilla** señaló que conoce a la actora hace 15 años porque vendía en el barrio Galán; que en ese momento no le conocía pareja ni nada, pero comenzó a darse cuenta que estaba con el causante porque los veía continuamente de la mano, desayunando o almorzando, incluso, varias veces se los encontró en La Mesa-Cundinamarca, y le decían que ella iba seguido porque estaba afiliada a algo de adultos mayores; que la actora dejó de vender chance porque el causante le dijo que iba a responder por todo lo de la casa; que su esposo tenía un taxi, y muchas veces los llevaba a la casa, tipo 7:00 P.M. – 8:00 P.M.; que el actor y la causante convivían; que la actora era la que le cargaba el folder del causante cuando iban al médico; que el causante y la actora tienen aproximadamente 12 o 13 años de pareja, quizá más; que para la fecha en que falleció el causante, éste convivía con la actora; que la actora y el causante tuvieron hijos, pero con otras parejas; que no estuvo en las honras fúnebres del causante porque estaba fuera de Bogotá, pero cuando llegó, la actora le comentó la situación, inclusive que el día del fallecimiento del causante no la habían querido dejar entrar al hospital; y que el fallecido era pensionado.

Pues bien. Revisado el material probatorio se tiene que el señor Armando Rotundo Arévalo falleció ostentando el status de **pensionado**, encontrándose conforme a la testimonial narrada que está acreditada la convivencia en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020, esto es, una conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia real y efectiva, y que se encontraba vigente para el momento de la muerte del señor Rotundo Arévalo, pues de las declaraciones rendidas en el proceso -que valga decir se observan espontáneas, coherentes e hilvanadas y dieron cuenta clara de las circunstancias de tiempo modo y lugar por las cuales conocieron los hechos relatados- se extrae que el causante vivió con la señora Elizabeth Flórez Rivera un mínimo de 12 años hasta el fallecimiento del primero, tiempo en el que convivían en el mismo techo y construían su proyecto de vida, por demás que según tales declarantes, compartían en diversos escenarios como pareja, fue la actora quien acompañó al causante en su etapa de convalecencia, compartían todo el tiempo juntos, y nunca se separaron durante el tiempo de convivencia aludido. En todo caso, por iguales razones también se encuentran acreditados los cinco años de convivencia requeridos por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 2021.

De igual manera, al plenario se allegó declaración mediante escritura pública del 01 de noviembre de 2013, en la que el causante señalaba que se encontraba en unión marital de hecho con la actora desde el 15 de noviembre de 1995 (fls. 15 a 17), lo que en suma a la prueba testimonial aludida permite reafirmar la convivencia de cinco años anteriores entre la actora y el causante, anteriores al fallecimiento de éste precisando desde ya que si bien la afiliación de la accionante por parte del causante como su beneficiaria a salud, solo ocurrió el 04 de febrero de 2014 (fls. 20 a 23), ello no quiere decir *per se* que previamente no hubiera convivencia entre la actora y el exánime, pues brilla por su ausencia prueba en tal sentido, nótese como, pese a que

COLPENSIONES fundó enfáticamente su negativa al reconocimiento pensional en una presunta investigación administrativa que realizó al interior del trámite administrativo, lo cierto es que la misma no fue arrimada al proceso, por lo que, en tales condiciones, en virtud del principio de la libre formación del convencimiento y en atención a las pruebas efectivamente allegadas al plenario la Sala considera que la activa logró acreditar una efectiva convivencia como pareja con el causante por el lapso exigido en la normativa vigente..

Por lo antes expuesto la Sala comparte en su totalidad el fallo de la primera instancia, quedando pendiente por verificarse la fecha de reconocimiento de la prestación, si operó el fenómeno prescriptivo, y si hay lugar a intereses moratorios, en atención a la Consulta que se surte en favor de la entidad de pensiones.

En cuanto a la **fecha de reconocimiento**, en consideración a que el fallecimiento del causante acaeció el 27 de junio de 2018, la fecha advertida por el A Quo para el inicio del reconocimiento de la prestación a partir de dicha data es acertada, por lo que, tal condena se confirmará.

En cuanto a la **prescripción**, como quiera que la actora interrumpió la misma el **17 de julio de 2018** con la solicitud elevada a la demandada (fls. 26 a 32) y que la negativa a su petición quedó en firme mediante Resolución DIR 18739 de 2018, notificada el 24 de octubre de 2018, así como que presentó la presente demanda el 26 de febrero de 2020 (fl.62), resulta claro que dicho fenómeno extintivo no alcanzó a operar, de conformidad con lo que establecen los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., luego en el punto también se encuentra acertada la decisión del A Quo.

En cuanto a los **intereses moratorios** las normas aplicables al caso lo son el art.141 de la Ley 100 de 1993 y el 1° de la Ley 717 de 2003, último que establece que la moratoria se causa a

partir del primer día del tercer mes siguiente a la solicitud elevada con el lleno de requisitos.

En el sub examine, se observa que las razones esgrimidas por COLPENSIONES en la Resolución SUB 235799 del 07 de septiembre de 2018, consistieron en que no se acreditó la convivencia de cinco años previo al fallecimiento del señor Armando Rotundo Arévalo, pues según una presunta investigación administrativa, entre el causante y la actora existía una diferencia importante de edad, y no se aportaron datos de la familia del causante por parte de la actora (fls. 8 y 9); argumentos que, a juicio de la Sala resultan insuficientes para efectuar la negativa de la prestación, pues aunado a que no es requisito legal que entre causante y supérstite exista una diferencia determinada de edad, no bastaba con que la entidad señalara que al no brindarse información de los familiares del causante, no existía la aludida convivencia; ciertamente, la administradora debía, ante las dudas que tales circunstancias le generaban, realizar una investigación más profunda para denegar la prestación, pues recuérdese que se está frente a un derecho fundamental, como es el de la seguridad social, el que ante su desconocimiento, sea dicho de pago, puede transgredir bienes supremos como el mínimo vital, más aún si se tiene en cuenta que para la época de la solicitud pensional, la actora contaba con 72 años, 5 meses, y 6 días.

Así las cosas, y dado que la reclamación que elevó la demandante se radicó el 17 de julio de 2018, los intereses moratorios comenzaron a correr a partir del 17 de septiembre de 2018, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas; mismas condenas que impuso la A Quo, por lo que en el punto igualmente se confirmará la decisión, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2020-00089-01
Demandante: **ELIZABETH FLÓREZ RIVERA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2020-00089-01
Demandante: **ELIZABETH FLÓREZ RIVERA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00474-01
Demandante: **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, así como estudiar en Grado jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO** promovió contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 05 de agosto de 1997, junto con el correspondiente retroactivo, e intereses moratorios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00474-01
Demandante: **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Ángel Custodio Vásquez falleció el 05 de agosto de 1997, quien antes del 01 de abril de 1994 había alcanzado más de 300 semanas de cotización; **2)** Convivía con el causante al momento de su deceso; **3)** Solicitó junto con el hijo menor de causante, pensión de sobrevivientes, empero, fue negada mediante la Resolución 002901 de 1999, reconociéndose indemnización sustitutiva; y **4)** El hijo menor del causante, actualmente, es mayor de edad y no se encuentra estudiando.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (medio óptico de folio 32), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica.

Manifestó que, la norma aplicable al caso lo es la Ley 100 de 1993 en su redacción original, y que el causante no acreditó los requisitos del artículo 46 de dicha normatividad, pues dejó de cotizar desde el año 1992.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 05 de agosto de 2021, dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del afiliado Ángel Custodio Vásquez, a partir del 06 de agosto de 1997, en cuantía del salario mínimo para tal fecha con los reajustes anuales de ley y las mesadas adicionales de junio y diciembre de que trata las mismas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de las mesadas que se causaron hasta el 30 de junio de 2016, y no probadas las demás.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde la fecha de causación de cada mesada pensional no afectada por la prescripción y hasta que efectúe el pago efectivo de las mismas.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del monto del retroactivo en favor de la demandante, el valor que le pagó por indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, en el monto de \$1'397.058.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a las costas del proceso, practíquese la liquidación por Secretaria, incluyendo el monto de \$3'000.000 como valor de las agencias en derecho.

En síntesis, luego de efectuar las consideraciones jurídicas del caso concluyó el A Quo que resultaba posible reconocer la prestación deprecada en virtud del principio de la condición más beneficiosa, pues el causante cumplió los requisitos del régimen anterior al correspondiente a la fecha en que se presentó su deceso, esto es, del Acuerdo 049 de 1990, ya que, alcanzó más de 300 semanas al 01 de abril de 1994; que el monto de la prestación es el salario mínimo, de conformidad con los I.B.C. del actor, y la tasa de reemplazo del 59% que es compatible la pensión de vejez de la actora con la de sobrevivientes que solicita; que operó la excepción de prescripción, puesto que el derecho se causó el 06 de agosto de 1997 y se demandó hasta el 15 de julio de 2019, por lo que, las mesadas causadas hasta tal fecha se vieron afectadas por dicho fenómeno, y en consecuencia se debe reconocer la prestación desde el 01 de julio de 2016; que hay lugar a intereses moratorios, pues por el principio de la condición más beneficiosa de antaño están reconocidos, sin que sea dable estudiar si hubo o no buena fe; que al reconocerse intereses moratorios no hay lugar a indexación, pues estos ya se encuentran incluidos en los primeros; y que es dable descontar lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva pagado a favor de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES manifestó que el valor de la indemnización sustitutiva debe descontarse de forma indexada, pues se encuentra desactualizada; que al presentarse demanda el 15 de julio de 2019, se deben ver afectadas las mesadas desde el 15 de julio de 2019 hacía atrás; que no es dable reconocer intereses moratorios, puesto que sólo nacieron en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no hubo mora de mesadas pensionales; y que por lo anterior, lo único procedente es la indexación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

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

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Ángel Custodio Vásquez, en virtud del principio de la condición más beneficiosa; si el A Quo contabilizó en debida forma el fenómeno prescriptivo; si es acertado el reconocimiento de intereses moratorios; y si el descuento realizado por concepto de indemnización sustitutiva se debe ordenar debidamente indexado.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA LEY 100 DE 1993 REDACCIÓN ORIGINAL.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Ángel Custodio Vásquez **-05 de agosto de 1997-** (fl. 13) la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, que indica:

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1.** Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
- 2.** Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado que en caso que no sea dable reconocer la pensión de sobrevivientes con el régimen vigente al momento del fallecimiento del pensionado o afiliado, es dable aplicar el **principio de la condición más beneficiosa**, lo que únicamente es dable frente al régimen anterior, que para el caso sería el artículo 25° del Acuerdo 049 de 1990, en consonancia con el artículo 6° de la misma normatividad, normas que disponen:

“ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a)** Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b)** Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento”.

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a)** Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b)** Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

Sobre el alcance de la anterior normatividad, en sentencias como la del 04 de diciembre de 2006, y 09 de julio de 2008, Rads.

28893, y 30581, respectivamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que se debe acreditar una de las dos hipótesis que contiene tal normatividad en el literal b), así: Para quien fallecen con anterioridad al 31 de marzo de 2000 las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo se deben haber satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; y en lo relativo a las 150 semanas aportadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, se debe contabilizar desde el 01 de abril de 1994 hacía atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 01 de abril de 1988, en adición a que se debe alcanzar esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden el fallecimiento.

La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones como las del 12 de abril de 2011, Rad. 41300; 13 de marzo de 2012, Rad. 45418; 17 de abril de 2012, Rad. 43716; 28 de agosto de 2012, Rad. 41816; 30 de enero de 2013, Rad. 39012, Rad. 46633; 24 de junio y 05 de agosto de 2015, Rads. 48629 y 53438, respectivamente; 31 de agosto de 2016, Rad. 48725; 30 de agosto de 2017, Rad. 56429; y SL634-2020, SL4807-2020, y SL5147-2020, entre otras. En la última sentencia se estipuló:

“Sobre el particular en sentencia CSJ SL11548-2015, rad. 53438, esta Corporación explicó:

En torno a la aplicación de dichos preceptos [artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990] y, cuando el asegurado fallece en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no cumplía la densidad de cotizaciones exigida por el artículo 46 en su original redacción, de dicha ley, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ha dicho la Corte lo siguiente:

En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacía atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento. (...)

Dos precisiones cabe hacer, entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: La primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1º de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993; la segunda, para quienes fallecen después del 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1º de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000”.

DEL CASO CONCRETO.

No son hechos objeto de controversia los relativos a que: **i)** el causante Ángel Custodio Vásquez cotizó al I.S.S., un total de **867,57** semanas entre el 01 de julio de 1974 y el 21 de abril de 1992 (fls.42 a 45); **ii)** El fallecimiento del señor Vásquez ocurrió el 05 de agosto de 1997 (fl. 13); **iii)** que el causante NO se encontraba cotizando al sistema en el momento de su fallecimiento; ni tenía 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a su deceso (folios 42 a 45) y finalmente; **iv)** La solicitud de pensión de sobrevivientes por la demandante en julio de 1998 y su negativa por parte de la entidad en el año 1999 (fl. 14) y **v)** El reconocimiento de la calidad de beneficiaria de la actora con ocasión del deceso del señor Vásquez, y de una indemnización sustitutiva a su favor por valor de \$1'397.058, mediante Resolución 002901 del 26 de febrero de 1999 (fl.14).

Pues bien. Sentadas las anteriores premisas, lo primero que debe advertirse es que al fallecer el señor Ángel Custodio Vásquez en vigencia de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, la norma que resulta aplicable para el cómputo de semanas es el artículo 46 de dicha normatividad, la que exige para afiliado que ha dejado de cotizar al sistema, **por lo menos 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.**

Lo anterior, pone en evidencia que, el debate se centra en establecer si hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en vista de que no ofrece mayor reparo que la norma que gobierna el derecho reclamado es el art. 46 la Ley 100 de 1993 en su redacción original y que dicho requisito no fue cumplido por el causante. (Véase la historia laboral de folios 42 a 45, que da cuenta de que el causante no efectuó cotizaciones dentro del año inmediatamente anterior a su fallecimiento- 05 de agosto de 1997-, ya que, dejó de aportar al sistema de pensiones el 21 de abril de 1992)

De esta manera, y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia traída a colación por la Sala, al fallecer el causante el 05 de agosto de 1997, debió acreditar uno de los siguientes requisitos: **1)** 300 semanas cotizadas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993; o **2)** 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento (se permite la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993).

Descendiendo al caso, se encuentra que, si bien el causante no tenía 150 semanas dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 05 de agosto de 1991 y el 05 de agosto de 1997, por cuanto únicamente acumuló 37,29 semanas, lo cierto es, que al 01 de abril de 1994 alcanza **867,57** semanas, es decir, que logró acreditar el requisito de 300 semanas cotizadas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Por las razones anteriormente descritas, y en la medida que se acreditan las semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 de conformidad con lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la Sala encuentra ajustada a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00474-01
Demandante: **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

derecho la decisión del A Quo, por lo que en el punto concreto será CONFIRMADA, procediéndose a verificar el valor de la mesada, y el fenómeno prescriptivo.

**FECHA DE RECONOCIMIENTO, PRESCRIPCIÓN,
MESADAS ADICIONALES, Y VALOR DEL RETROACTIVO.**

Teniendo en cuenta que el fallecimiento del causante fue el 05 de agosto de 1997, es a partir de dicha data que se debe reconocer la prestación, tal y como lo dispuso el A Quo, por lo que, se confirmará dicha condena.

En lo que respecta a la prescripción, toda vez que, se solicitó pensión de sobrevivientes en julio de 1998, se resolvió tal petición mediante Resolución 002901 del 26 de febrero de 1999, no se avizora nueva petición, y sólo se encuentra que se demandó hasta el 15 de julio de 2019, considera la Sala que operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 15 de julio de 2016 (fl.23).

Así las cosas, y como quiera que el juez de primera instancia declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de junio de 2016, se CONFIMARÁ tal condena, pues ciertamente *“las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, en virtud de lo estatuido en el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al presente asunto a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993”*, de modo que al hacerse exigible la mesada del julio de 2016, en agosto del mismo año, no se vio afectada por el fenómeno en comento. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL1011-2021, SL4464-2021, SL4330-2021 y SL4166-2021, criterio al que la Sala se acoge, por resultar más favorable a los intereses de quien logra acceder a un reconocimiento pensional.

En cuanto al valor de la mesada, se tiene que se reconoció sobre un **salario mínimo**, punto que no fue objeto de reparo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00474-01
Demandante: **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

la activa y que además se revisa en virtud a la Consulta en favor de la entidad de pensiones, razones por las que se confirmará.

En los que respecta a la devolución indexada del valor pagado a favor de la actora por concepto de indemnización sustitutiva, se considera que le asiste razón a la apoderada de COLPENSIONES, como quiera que el valor de tal indemnización se ha visto sometida a depreciación monetaria, por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de adicionar que COLPENSIONES podrá descontar del valor que pague por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes la indemnización sustitutiva reconocida por valor de \$1'397.058, **debidamente indexada.**

INTERESES MORATORIOS.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 1 de la Ley 717 de 2001.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00474-01
Demandante: **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

competite y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En tratándose de pensiones reconocidas con fundamento en un cambio de jurisprudencia, la Corporación aludida pacíficamente ha anotado que los mismos se tornan improcedentes, dado que el proceder de la entidad de pensiones en tales casos no se torna arbitrario o caprichoso, por el contrario, se aplicó la normatividad que resultaba plausible y que se estimaba regía el derecho en controversia (ver para el efecto las sentencias SL12018-2016, SL4650-2017, SL1947-2020 y SL4165-2021), salvo cuando el criterio jurisprudencial que origina el reconocimiento, se encuentra consolidado para el momento en el que se resuelve la solicitud pensional, caso en el cual se ha predicado por la alta corporación la procedencia de los citados réditos (SL3834-2021, SL2843-2021, SL5037-2020, SL3808-2020, SL3723-2019).

Conforme lo brevemente expuesto, en atención a que en el caso presente la prestación es reconocida en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y que se negó la prestación antes de la consolidación del criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con la aplicación del principio aludido, pues se reitera se solicitó pensión de sobrevivientes en julio de 1998, y se resolvió tal petición mediante Resolución 002901 del 26 de febrero de 1999; se hace necesario **REVOCAR el numeral tercero** de la sentencia, y en su lugar se dispone que COLPENSIONES deberá reconocer las mesadas de la pensión de sobrevivientes debidamente indexadas al momento en que se efectuó su pago, pues se han visto sometidas a la pérdida de su poder adquisitivo por el transcurrir del tiempo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00474-01
Demandante: **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de adicionar de la sentencia que COLPENSIONES podrá descontar del valor que pague por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes la indemnización sustitutiva reconocida por valor de \$1'397.058, debidamente indexada.

SEGUNDO – **REVOCAR el numeral cuarto** de la sentencia. En su lugar se CONDENA a COLPENSIONES a reconocer las mesadas de la pensión de sobrevivientes debidamente indexadas al momento en que se efectuó su pago

TERCERO – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

CUARTO – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00474-01
Demandante: **MARÍA DE LOS ÁNGELES SALCEDO PRECIADO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11001310501220190027901

Demandante: CLARA INÉS CAMACHO ROA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA INÉS CAMACHO ROA** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A. el 19 de febrero de 1996, así como su posterior traslado a Protección S.A., realizado el 21 de noviembre de 2006.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y cuotas de administración; y a esta última a tenerla como afiliada cotizante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fls. 86 a 93), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la

obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 94 a 129), presentó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas, tras manifestar que no eran ciertos o no le constaban la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Fls. 165 a 182), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) materializado el 1° de abril de 1996, a través de Porvenir S.A., declarándola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados y los costos cobrados por concepto de administración; así mismo, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, a través de **PROTECCIÓN S.A.**, los costos cobrados por concepto de administración con

motivo de la afiliación de la actora, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo. Así mismo, condenó a Colpensiones a recibir dichos valores y a actualizar la historia laboral de la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que la información brindada a los afiliados se hacía de manera verbal conforme el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las normas vigentes para la época del traslado de la actora, sin que se pueda decir que su traslado se torna ineficaz por no aportar documentos, ya que para la fecha en que se realizó el traslado de la actora esa AFP no estaba en la obligación de aportar documentos al momento de la asesoría, máxime cuando es hasta el 2014 que entra en vigencia la Ley 1748 que obliga a las AFP a brindar asesorías conforme a los documentos correspondientes.

Indicó que debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia – Sala Cuarta de Descongestión M.P. Dra. Ana María Muñoz Segura, en dos sentencias (SL 3752 y SL 1061) ha dicho que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento cuando hay una duda en el deber de información y, la aquí demandante incurre en estos actos de relacionamiento, por lo que no puede declararse la ineficacia del traslado.

Frente a los gastos de administración indicó que también en el régimen de prima media (RPM) se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes, gastos que no están llamados a financiar la prestación de vejez por lo que de estos no se puede predicar la imprescriptibilidad, además, debe tenerse en cuenta que no hay una norma que disponga tal devolución de los gastos de administración, por el contrario, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto emitido el 15 de enero del 2020, ha establecido que los únicos dineros

que deben devolverse a Colpensiones por cuestión de la declaratoria de ineficacia serían los correspondientes a cotizaciones junto con sus rendimientos, sin hacer mención alguna a los gastos de administración ni a las primas de seguro previsional o cualquier tipo de dinero diferente a las cotizaciones junto con los rendimientos.

Expuso que el artículo 113 del literal B de la Ley 100 de 1993 menciona que, en los eventos donde hay un cambio de régimen pensional, los únicos dineros a retornar con destino a Colpensiones son las cotizaciones y rendimientos, sin encontrar fundamento legal ni constitucional para ordenar la devolución de los gastos de administración, máxime cuando ello generaría un enriquecimiento sin causa frente a Colpensiones, debiéndose entender que estos gastos de administración son una retribución a la AFP por cuanto ha generado rendimientos a las cotizaciones realizadas por la demandante, los cuales se están devolviendo y de los cuales se ha visto beneficiada.

Reiteró que debe declararse probada la excepción de prescripción frente a la devolución de los gastos de administración, las primas de seguro y cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, ya que estos dineros no corresponden a los afiliados en ninguno de los regímenes y tampoco están llamados a financiar la prestación de vejez, siendo la imprescriptibilidad una característica de la que goza el derecho pensional.

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en contra del numeral 3 de la sentencia proferida en primer grado, frente a la orden de trasladar los descuentos realizados por cuotas de administración, inclusive las de las empresas anteriores a la fusión con Protección como son Santander e ING; por ello, solicita tener en cuenta que, si como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, las cosas se entienden como que vuelven al estado en el que se encontraban, por lo que hay que

Código Único de Identificación: 11001310501220190027901

Demandante: CLARA INÉS CAMACHO ROA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

tener en cuenta el artículo 1746 del CC en cuanto a las restituciones mutuas.

Expuso que, también se está desconociendo que estos descuentos también son realizados por el régimen de prima media, ya que estos descuentos se realizan teniendo un fundamento legal y buscan el cubrimiento de unos gastos que genera la administración de estos recursos, por ello, no debe condenarse a esta AFP a que, con su propio patrimonio, se paguen unos descuentos que fueron realizados atendiendo una disposición legal, máxime cuando a los mismos les es aplicable el fenómeno prescriptivo, pues estos dineros no se encuentran destinados a financiar la pensión de vejez y por ello también se cobran en el RPM y tampoco se tienen en cuenta al momento de hacer un cálculo para financiar esta prestación.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron sus argumentos.

Debe reseñarse que en virtud de los Acuerdos PCSJA22-11918 y CSJBTA22-13 de fechas 2 y 23 de febrero del 2022, respectivamente, se remitió el proceso mediante auto del 9 de marzo del 2022 a la Sala de Descongestión de esta Corporación, pero el proceso fue devuelto nuevamente a este despacho conforme auto proferido al despacho el 30 de junio de la anualidad en curso.

Ingresadas nuevamente las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo

66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

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

consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

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

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

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

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

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

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

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

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

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

solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información(...)"

(...)"

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)"

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 07/02/1989 (Fl. 42 y 131); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 19/02/1996 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 36 y 182); **iii)** efectuó traslado horizontal entre administradoras del RAIS, a la otrora AFP Santander – hoy Protección S.A., el día 21/11/2006 (fl. 37), y **iv)** el día 14/03/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante el mismo fue negado (fl. 38 a 41).

Pues bien, a folios 36 y 182 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19/02/1996 con la A.F.P Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

prueba no logra esclarecerse que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que la información brindada a los afiliados para el año 1996 se daba de manera verbal y que no existía la obligación de diligenciar o suscribir documento adicional al formulario de afiliación, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para dicha fecha obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por Porvenir S.A. en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal;

saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Camacho Roa en el traslado que esta realizó en el mes de febrero de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la

sentencia del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Dicha **orden será extensiva a PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, además debidamente indexados, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Código Único de Identificación: 11001310501220190027901

Demandante: CLARA INÉS CAMACHO ROA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de las apelantes Porvenir S.A. y Protección S.A., al haberse resuelto desfavorablemente los recursos presentados.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A.

Código Único de Identificación: 11001310501220190027901

Demandante: CLARA INÉS CAMACHO ROA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Clara Inés Camacho Roa
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**012-2019-00279-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **aed22d183a34b1ba5a7e41f5b4bea70747a29ded4cf867990c062cd440b3b6dd**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:10 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310502220190031501

Demandante: MARÍA CLARA PABÓN CASTRO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

AUTO

Tener como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con C.C. No. 1.018.463.893 y T.P. No. 302.039 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 4 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CLARA PABÓN CASTRO** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y cuotas de administración; y a esta última a recibir dichos dineros y a tener a la actora como su afiliada.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA (fls. 83 a 120), allegó contestación a la presente, oponiéndose a las pretensiones, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban, y propuso como excepciones de fondo las que denominó: Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y

tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, 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.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 121 a 134), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Finalmente, **COLPENSIONES**, (Fls. 135 a 153), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) acaecido el 15 de abril de 1996, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; así mismo, ordenó a Old Mutual S.A. y a Porvenir S.A., remitir a Colpensiones los dineros recaudados por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a esos fondos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que la información que se suministró a la demandante al momento del traslado de régimen se hizo de manera verbal, ya que para dicho momento no existía la obligación de dejar documentada la asesoría que se daba a los potenciales afiliados y para el año 1996 el único documento que se tenía para efectuar dicho traslado era el formulario de afiliación, prueba suficiente de la voluntariedad de la afiliación de la demandante en el RAIS, sin necesidad de imponerles a las AFP prueba distinta que pruebe tal voluntariedad, así mismo, señaló que Porvenir S.A. cumplió con las obligaciones consagradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las cuales no se establecía el deber de información alegado en la demanda.

Frente a la excepción de prescripción indicó que el acto de la afiliación de la demandante fue realizado en el año 1996 a Horizonte, es decir, no está en discusión la consolidación y causación del derecho prestacional, sino un punto específico que es la afiliación, elemento que sí es susceptible de la prescripción, entonces, si se argumenta una supuesta falta al deber de información, no cabe duda que la exigibilidad de los derechos que se ocasionan por cuenta de ello, surge a partir del momento en que supuestamente se presentó tal vicio, encontrándose prescrito lo solicitado por la demandante.

Expuso que se está ordenando a esa AFP devolver los gastos de administración, pese a que por parte de Horizonte y Colpatria no se incurrió en ningún tipo de falta al derecho, por lo que no tendría que verse afectado su propio patrimonio al ordenar la devolución de tales conceptos, pues de ordenarse esto se estarían violando sus derechos, máxime si se tiene en cuenta que es una suma ya utilizada para la debida gestión de los recursos de la actora y se generaría un detrimento patrimonial a cargo de esta AFP y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones, ya que quien realizó la administración de la cuenta de la demandante desde 1996 hasta el 2003 fue Porvenir S.A. y no Colpensiones.

OLD MUTUAL S.A. - SKANDIA, adujo que, este caso no fue analizado a la luz de sus particularidades, tal y como lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia y la sentencia de primer grado aplica de manera indistinta la jurisprudencia de dicha Corporación, sin tener en cuenta que la misma demandante manifestó haber recibido información y tampoco hay un pronunciamiento expreso sobre a circunstancias como los actos de relacionamiento que realizó la demandante a través de los aportes voluntarios y la implicación que ello tuvo en la formación de su consentimiento.

Solicitó, frente a los gastos de administración, tener en cuenta que no existe un fundamento dentro de la providencia apelada que logre identificar las circunstancias por las cuales deben devolverse los gastos de administración, además Skandia ha cumplido con los deberes establecidos en la norma, no solo en el momento de asesorar a la demandante y brindarle una asesoría que le permitió tomar una decisión informada acerca de la manera en que se iba a desarrollar su futuro pensional, sino posteriormente con la generación de rendimientos a los dineros aportados, fundamentándose el actuar de Skandia en la buena fe, la cual se evidencia a través de las actividades por esta desarrolladas.

COLPENSIONES, por su parte, adujo que no se comparte la aplicación que se hace en la sentencia apelada del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la cual se encuentra inmersa la demandante, ya que la parte considerativa del fallo no explica cuál es la razón por la que desconoce la aplicabilidad de un principio normativo que ha sido reglado desde la Ley 100 de 1993, y que a la fecha no ha tenido ningún tipo de derogatoria por inexequibilidad, por lo que debe darse aplicabilidad directa de este precepto.

Solicita se explique cuál es la razón por la cual, siendo la jurisprudencia un criterio auxiliar, está siendo aplicada por encima de la ley, desconociendo el principio constitucional según el cual los jueces están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia es un criterio auxiliar, haciendo un análisis más profundo a los principios básicos del derecho, los cuales están siendo desconocidos con las sentencias de nulidad de traslado.

Indicó, que en caso de conceptuarse que no se aplica el fenómeno de la prescripción por hablar de temas pensionales, la esencia de la norma no era prescribir o extinguir derechos, razón por la cual, también se debe dar aplicabilidad a esta previsión normativa.

Precisó que la demandante señala que su principal motivación es incrementar el valor de su mesada pensional, motivación que está muy lejos de ajustarse a la falta del deber de información que es el principio rector que señala la Corte Suprema de Justicia para la declaratoria de ineficacia, ya que para la época de la afiliación de la demandante era imposible saber cuál iba a ser el valor de su mesada pensional 20 años después, de tal forma que la falta al deber de información no se ocasionó por el descontento de la demandante por el valor de su mesada pensional, sino por supuestos facticos que no logro

Código Único de Identificación: 11001310502220190031501

Demandante: MARÍA CLARA PABÓN CASTRO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

probar en el proceso y cuya carga probatoria la Corte Suprema de Justicia endilgó a las AFP.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 25 de enero de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir

de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información(...).".

(...)"

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los

hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que

enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 18/02/1988 (Fl. 3); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 15/04/1996 a través de la A.F.P Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 11); **iii)** efectuó traslado horizontal entre administradoras del RAIS, a la otrora AFP Colpatria el día 22/08/1998 y el 29/09/2000 retornó nuevamente a Horizonte (fl. 134 vto), entidades que actualmente son Porvenir S.A., y el 05/11/2003 a Skandia – Old Mutual S.A. (fl. 12 y 99); y **iv)** el día 28/02/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 13 a 14).

Pues bien, a folio 11 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 15/04/1996 con la A.F.P Horizonte – hoy Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que la información brindada a los afiliados para la fecha de afiliación de la demandante se daba de manera verbal y que no existía la obligación documentar la asesoría dada, siendo el único documento obligatorio el formulario de afiliación, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para dicha fecha obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993².

Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal;

dado información, por el contrario, contiene datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Frente al tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por Old Mutual S.A. - Skandia en su recurso, ha de indicarse que como se ha expuesto en innumerables decisiones de la Sala Laboral de la Corte y concretamente en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información a la afiliada, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Pabón Castro en el traslado que esta realizó en el mes de abril de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones..

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, OLD MUTUAL S.A. - SKANDIA, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. - SKANDIA la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Dicha **orden será extensiva a PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, además debidamente indexados, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“ [...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto al argumento expuesto por Colpensiones en su recurso, respecto de la aplicación de la jurisprudencia, la cual

es un criterio auxiliar, por encima de la ley, citando el principio establecido en el artículo 230 de la Constitución Política, según el cual *“los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (...)”*, pertinente resulta citar la sentencia C-836 de 2001, en la que, al respecto, expuso:

“La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución. La Corte ha avalado desde sus comienzos esta interpretación constitucional del concepto de “imperio de la ley” contenido en el art. 230 constitucional. Al respecto, en la Sentencia C-486/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo:

“Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la “ley” captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico (Cart. 16).”

Por supuesto, esta no fue la intención del constituyente, quien, por el contrario, estableció explícitamente la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (art. 4º), permitiendo así la aplicación judicial directa de sus contenidos. Sin embargo, esta jerarquía normativa no requiere ser explícita -como cláusula positiva- para que la comunidad jurídica la reconozca, ni supone como única consecuencia la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces y de los demás operadores jurídicos. Implica, además, que la ley misma, la ley en sentido formal, dictada por el legislador, debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución. En esa medida, la Carta cumple una función integradora del ordenamiento, que se desarrolla primordialmente dentro de la actividad judicial, y en la cual los más altos tribunales de las diversas jurisdicciones tienen una importante responsabilidad.

(...)

Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

(...)

Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social** y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “*plus*” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.”

Así las cosas, el hecho de seguir una línea jurisprudencial o mejor, la doctrina probable expuesta, en este caso por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no significa que los operadores judiciales se estén apartando del imperio de la ley al que se encuentran sometidos, ya que, como fue expuesto en la sentencia antes citada, este principio constitucional no puede reducirse a la literalidad de un texto o ley específica, además, no encuentra esta Sala de Decisión argumentos o razones suficientes para apartarse de la jurisprudencia de la máxima Corporación de cierre y unificadora de la jurisprudencia laboral.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de las apelantes Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente los recursos presentados.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502220190031501

Demandante: MARÍA CLARA PABÓN CASTRO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas, OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Clara Pabón Castro
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2019-00315-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **99e0d9d11daaf3e302a5b087054e0b81600f08c0a151b27cb7d5277454b7c895**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:11 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310502320210004301

Demandante: STELLA BENITEZ CORONADO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **STELLA BENITEZ CORONADO** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado el 17 de marzo de 1999 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y cuotas de administración; y a esta última a aceptar y contabilizar, para efectos de pensión, las semanas cotizadas.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 21 Carpeta Contestación Colpensiones), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, luego de declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó 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, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de

los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 para aquellos que consolidaron su derecho en el RAIS y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. (Fl. 21 Carpeta Contestación Protección), presentó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, tras manifestar que no eran ciertos o no le constaban la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad e ineficacia de la afiliación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dineros que ordenó devolver de manera indexada

desde su fecha de causación hasta su pago, y declaró que la demandante se encuentra afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., fincó su inconformidad frente al numeral segundo de la sentencia, en cuanto a la condena de devolución de comisiones y gastos de administración, pues el descuento de esos dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente, y no por capricho de la entidad, pues se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Indicó que, en el hipotético caso que se determine que Protección S.A. no realizó su buena gestión de administración y se realiza la devolución de estos conceptos, Colpensiones debe proceder a la devolución de los rendimientos generados mientras la actora estuvo afiliada a Protección S.A., pues estos se generaron producto de la buena gestión y administración de esta AFP, y en tal sentido solo habría lugar a que se trasladaran los aportes, pero sin los rendimientos generados.

Precisó que, al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que la cosas vuelvan a su estado anterior, caso en el cual no deberían trasladarse solo los aportes que se encuentran acreditados al momento de dicha declaración, sin los rendimientos generados, pues estos se generan exclusivamente en el RAIS por mandato de la ley y de haber estado afiliada todo ese tiempo al RAIS no se hubieran generado tales rendimientos.

Frente a la prima de seguro previsional, manifestó que la misma ya fue girada a una aseguradora para que, en caso de

existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, incluso, dicha prima fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la demandante y esta AFP se encuentra imposibilitada para solicitar la devolución y trasladársela a Colpensiones, al ser la aseguradora un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección S.A.

COLPENSIONES, adujo que al momento de dictarse la sentencia de primer grado no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP, máxime cuando todos los actos jurídicos tienen efecto inter partes, por lo que, independientemente de la decisión proferida, Colpensiones no puede ser perjudicada con la misma, pues esta entidad no tuvo nada que ver con la decisión tomada por la actora.

Solicitó no condenarla a recibir a la demandante de nuevo como su afiliada, teniendo en cuenta que con esta decisión se afectado el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual está establecido en el artículo 48 de la Constitución, pues esta condena debe tener en cuenta el impacto en el PIB y la reserva pensional que día a día ha venido afectando este tipo de procesos, especialmente cuando la demandante regresaría al RPM después de 22 años en los que no se le tuvo en cuenta para su reserva.

Manifestó que Colpensiones debe someterse a lo ordenado por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 130 de 2013 y en el presente caso la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, además de solicitar que se estudie el caso particular, máxime cuando la demandante no tiene un derecho adquirido ni una mera expectativa.

En caso de confirmar la decisión de primer grado, solicitó se condene a la AFP que incumplió su deber legal de información con la afiliada, pague a Colpensiones los perjuicios económicos que ello le genera, en virtud de la teoría del daño en derecho civil, esto es “quien causa el daño es quien debe repararlo”, y no un tercero en el acto jurídico como lo es esta entidad.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 25 de enero de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado

por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

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

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 01/02/1981 (Fl. 21 Carpeta contestación Colpensiones – archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2011-20210621103212.pdf); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 17/03/1999 a través de la A.F.P Colmena – hoy Protección S.A. (fl. 8 archivo ANEXOS_20_1_2021 15_35_26.pdf y fl. 25 Carpeta Contestación Protección del cd de folio 21); y **iii)** el día 10/09/2010 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 7 archivo ANEXOS_20_1_2021 15_35_26.pdf cd fl 21)

Pues bien, a folios 8 (archivo ANEXOS_20_1_2021_15_35_26.pdf) y 25 (Carpeta Contestación Protección) obrante en el disco compacto arrimado a folio 21 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 17/03/1999 con la AFP Colmena – hoy Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹. Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra esclarecerse que ella conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para ella.

En cuanto al asunto relativo a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Protección S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Benitez Coronado en el traslado que esta realizó en el mes de marzo de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación

Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior, acertada resulta la decisión del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

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

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

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

Frente a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que contrario a lo afirmado por la entidad, la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad

Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, Colpensiones también argumenta en su apelación, que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el **principio de la relatividad jurídica**, frente al cual, ha de decirse que es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio - explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contratual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y en su momento la AFP Colmena (hoy Protección S.A.), el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto; ahora bien, en cuanto a la solicitud del citado apelante de ordenarle a Protección S.A., pagar los perjuicios que presuntamente le ocasionó, ha de indicarse que si bien, por lo narrado en antecedencia dicha pretensión resultaría viable de ser resuelta por la jurisdicción, lo cierto es que los mismos no fueron solicitados en la contestación, tampoco se presentó una demanda de reconvención y estos no fueron debatidos ni menos aún demostrados en este asunto, por lo que mal haría esta Sala en imponer condena frente al particular, pues violaría el derecho de defensa y debido proceso de Protección S.A.

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

³ Ibídem.

Código Único de Identificación: 11001310502320210004301

Demandante: STELLA BENITEZ CORONADO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, al haber sido resueltos desfavorablemente los recursos de apelación por estas presentados.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones.

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

Código Único de Identificación: 11001310502320210004301

Demandante: STELLA BENITEZ CORONADO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Stella Benítez Coronado
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00043-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e6e17fa6aeeb7532bb2b27efaae4b59bc9d1a4a3e11c9551386a893ee29ade7d**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:10 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310503220190068301

Demandante: PABLO CASTRO COVELLI

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

AUTO

Tener como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Michael Cortázar Camelo, identificado con C.C. No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **PABLO CASTRO COVELLI** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado en el mes de octubre de 1999 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados; y a esta última a contabilizar, para efectos de pensión, las semanas cotizadas.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PROTECCIÓN S.A. (Fls. 137 a 222 Archivo 01), presentó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, tras manifestar que no eran ciertos o no le constaban la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional

cuando se declara la nulidad e ineficacia de la afiliación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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 y la genérica.

COLPENSIONES, (Fls. 233 a Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, luego de declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, presunción de legalidad de los actos administrativos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación y la genérica.

Posteriormente, dentro de la audiencia celebrada el 7 de septiembre del 2020¹, se dispuso la vinculación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, entidad que allegó contestación (Archivo 09), en la que se opuso a las pretensión de la acción, declaró que no le constaban la mayoría de los hechos y propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, saneamiento de los vicios del consentimiento, prescripción, reintegro del valor del bono, buena fe y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por el demandante al régimen

¹ Archivos 05 y 06

Código Único de Identificación: 11001310503220190068301

Demandante: PABLO CASTRO COVELLI

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., con fecha 1° de agosto de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y ordenó a esta última a recibir al actor en el RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

Así mismo, declaró probada la excepción de reintegro del valor del bono, formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenando a Protección S.A. a trasladar a esa cartera ministerial, los dineros que haya recibido por concepto de bono pensional del demandante, incluidos los rendimientos generados, advirtiéndole que, en caso de que estos sean inferiores al valor de la indexación, se deberá garantizar por lo menos la restitución indexada de los valores recibidos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., fincó su desacuerdo concretamente frente al numeral tercero de la sentencia, en cuanto a la condena de devolución de comisiones y gastos de administración, pues el descuento de esos dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente, pues se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Indicó que, en el hipotético caso que se determine que Protección S.A. no realizó su gestión de administración y se realiza la devolución de estos conceptos, Colpensiones debe proceder a la devolución de los rendimientos generados mientras

el actor estuvo afiliado a Protección S.A., ello si se demuestra la mala fe, ya que, de lo contrario sólo debería reparar y trasladar todos los aportes, pero sin los rendimientos generados.

Precisó que, al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que la cosas vuelvan a su estado anterior, caso en el cual no deberían trasladarse los rendimientos, pues estos se generan exclusivamente en el RAIS por mandato de la ley y de haber estado afiliado todo ese tiempo al RAIS no se hubieran generado tales rendimientos.

COLPENSIONES, adujo, que al momento de dictarse la sentencia de primer grado no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP, máxime cuando todos los actos jurídicos tienen efecto inter partes, por lo que, independientemente de la decisión proferida, Colpensiones no puede ser perjudicada con la misma, pues esta entidad no tuvo nada que ver con la decisión tomada por el actor.

En caso de confirmar la decisión de primer grado, solicitó se condene a la AFP que incumplió su deber legal de información con el afiliado, pague a Colpensiones los perjuicios económicos que ello le genera, en virtud de la teoría del daño en derecho civil, esto es “quien causa el daño es quien debe repararlo”, y no un tercero en el acto jurídico como lo es esta entidad.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes demandante y demandada Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre

administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

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

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

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

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e

información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

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

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la

A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 03/05/1985 (Fl. 22-24 y 244-249 archivo 01); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 01/08/1999 a través de la A.F.P Colmena – hoy Protección S.A. (fl. 55, 159 y 163 archivo 01); y **iii)** el día 01/08/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 41-45 archivo 01)

Pues bien, a folios 55, 159 y 163 archivo 01 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01/08/1999 con la AFP Colmena – hoy Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez

²Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra esclarecerse que el actor conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él.

En cuanto al asunto relativo a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Protección S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Castro Covelli en el traslado que esta realizó en el mes de agosto de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por

tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que, las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior, se **ADICIONARÁ** la sentencia del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, COLPENSIONES argumenta en su apelación, que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el **principio de la relatividad jurídica**, frente al cual, ha de decirse que es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016³ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio - explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros

³ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».⁴

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y en su momento la AFP Colmena (hoy Protección S.A.), el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto; ahora bien, en cuanto a la solicitud del citado apelante de ordenarle a Protección S.A., pagar los perjuicios que presuntamente le ocasionó, ha de indicarse que si bien, por lo narrado en antecedencia dicha pretensión resultaría viable de ser resuelta por la jurisdicción, lo cierto es que los mismos no fueron

⁴ Ibídem.

solicitados en la contestación, tampoco se presentó una demanda de reconvención y estos no fueron debatidos ni menos aún demostrados en este asunto, por lo que mal haría esta Sala en imponer condena frente al particular, pues violaría el derecho de defensa y debido proceso de Protección S.A.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, al haber sido resueltos desfavorablemente los recursos de apelación por estas presentados.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Código Único de Identificación: 11001310503220190068301

Demandante: PABLO CASTRO COVELLI

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$5000.000 a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Pablo Castro Covelli
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2019-00683-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6b16ab50a63d59f70b79f664e64449c42ff6c14da74bfb53e2861e66a8eb4f47**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:11 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 007

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Northey Alejandra Huérfano Huérfano, identificada con C.C. No. 53.074.475 y T.P. No. 287.274 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor aspira, de forma principal a que se declare y reconozca como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el 01 de marzo del 2001, que para tal data cuenta con más de 26 semanas cotizadas en el año anterior a la fecha de estructuración y como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de invalidez con los correspondientes intereses moratorios e indexación.

De manera subsidiaria deprecia el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, así como el pago de los intereses moratorios e indexación.

1.2. HECHOS.

Como fundamento relevante de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Cotizó al Sistema de Seguridad Social hasta el 28 de febrero del 2001, data para la cual contaba con más de 400 semanas cotizadas; **2)** Inició los síntomas de su enfermedad y pérdida de la visión el 1° de abril del 2001; **3)** Su enfermedad, denominada “renitopatía diabética” es degenerativa, además, padece de “diabetes y falla cardíaca”; **4)** Debido a la “retinopatía”, actualmente es totalmente ciego; **5)** Para el mes de enero del 2018 se dio trámite de pérdida de capacidad laboral del actor; **6)** Colpensiones expidió el dictamen de pérdida de capacidad laboral el día 5 de abril del 2018, concepto DML-1277, donde determinó una pérdida de capacidad laboral del 84.59% y como fecha de

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

estructuración el 21 de diciembre de 2004; **7)** Al momento de indicar la fecha de estructuración, Colpensiones omitió que los síntomas de la enfermedad degenerativa “retinopatía” iniciaron 3 meses antes de julio del 2001; **8)** La pérdida de capacidad laboral fue recurrida para que se tuviera en cuenta que los síntomas de la enfermedad fueron anteriores al 2004, sin embargo, Colpensiones indicó que el dictamen se encontraba en firme en Resolución SUB 229667 del 30/08/2018; **9)** Solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez el 26 de julio de 2018; **10)** Mediante Resolución SUB 205637 del 02/08/2018, Colpensiones negó el reconocimiento deprecado, por no contar con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al reconocimiento; **11)** Se interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, el cual fue resuelto mediante Resolución DIR 16270 del 06/09/2018, confirmando en su totalidad el acto administrativo apelado; **12)** La Resolución SUB 229667 del 30/08/2018 también resolvió el recurso de apelación presentado, confirmando la Resolución SUB 205637; **13)** El 09/11/2018 solicitó a Colpensiones el pago de la indemnización sustitutiva de vejez, petición que fue negada mediante Resolución SUB 35517 del 11/02/2019, por no allegar de manera personal un formato; **14)** Fue allegada la respectiva acta solicitada, pero mediante Resolución del 13/03/2019 se confirmó la decisión de negar la indemnización sustitutiva.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 181 a 203 Archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC no de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, carencia de causa para demandar y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a la fecha de finalización de las cotizaciones al sistema, el número de semanas cotizadas, el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral del actor y el dictamen proferido, el porcentaje en el que se estableció y la fecha de estructuración, los recursos presentados contra el dictamen y su resolución, la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, así como la resolución que la negó y los recursos que confirmaron la negativa, y finalmente la petición del pago de una indemnización sustitutiva de la pensión. Negó los demás.

Precisó que el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 84.59% con fecha de estructuración del 21 de diciembre de 2004, y por ende, la norma aplicable es la Ley 860 de 2003, por ser la vigente al momento de estructurarse la pérdida de capacidad laboral, y esta exige como requisitos para acceder a la prestación que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, requisito que no cumple el demandante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia **condenatoria** del 10 de junio de 2020, en la que reconoció a favor del demandante la pensión de invalidez en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, a partir del 22 de febrero de 2001, día siguiente a la última

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

cotización realizada al Sistema General de Pensiones, en una cuantía inicial de \$286.000, correspondiente al salario mínimo legal vigente para aquella época, junto con las mesadas ordinarias y las adicionales correspondientes, más los reajustes de orden legal y de manera indexada. En consecuencia, condenó a COLPENSIONES al pago de un retroactivo de **\$54.649.303,00** por las mesadas causadas entre el 26 de julio de 2015 y el 30 de abril de 2020. Absolvió de los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y autorizó el descuento del valor del retroactivo reconocido, lo correspondiente a los aportes en salud y a efectuar en lo sucesivo las deducciones por tal concepto. Condenó en costas a la pasiva.

Como sustento de su decisión refirió, en síntesis, que con base en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones del 84.59% originada en una enfermedad de riesgo común, están probada la condición de inválido, por lo que la inconformidad trasladada al juicio, radica en la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral o estado de invalidez, pues esta fue la razón por la cual Colpensiones le negó la prestación, a decir de la Resolución SUB 25637 del 2 de agosto del 2018.

Señaló que, conforme las pruebas obrantes en el plenario, el demandante tiene diagnóstico de “*diabetes, insulinodependiente con complicaciones múltiples, insuficiencia renal terminal, ceguera de ambos ojos, hipertensión esencial primaria*”, siendo la primera de ellas establecida como una patología *degenerativa* y crónica, adicionalmente afirmó que, entre las consecuencias de la diabetes se encuentra la retinopatía diabética siendo esta una causa importante de ceguera; conceptos que trajo a colación, pues –dijo– en reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **SL**

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

3275 de 2019, reformó su postura en lo que atañe al momento a partir del cual debe contabilizarse el número de semanas cotizadas cuando se trata de enfermedades *crónicas, congénitas o degenerativas*, de acuerdo a los entornos de cada enfermedad; así mismo, que la sentencia SL 5123 del 30 de septiembre de 2020 Rad. 76333 sostuvo que por regla general para el reconocimiento de la pensión de invalidez se debe aplicar la normatividad vigente a la fecha de estructuración de la enfermedad, no obstante, añadió que, no solo debe tenerse en cuenta tal calenda, sino también las condiciones especiales o de especial protección de cada individuo, siendo estas el padecimiento de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa y en tal medida se debe tener en cuenta la fecha del dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada previo al estudio de la situación particular.

Precisó que, bajo el entendido que la patología del demandante puede catalogarse como crónica, multiorgánica, degenerativa y progresiva, conforme la decisiones y definiciones de la Organización Mundial de la Salud y como deviene del contenido de su historial clínico allegado, en la especialidad de oftalmología, es claro que para el 02 de julio de 2001 contaba con el antecedente de “diabetes mellitus tipo II”, cuyo diagnóstico data de 5 años atrás, ya presentaba disminución de la capacidad visual, sumado a que la última cotización en el sistema la hizo para el ciclo 2001-02, reportando novedad de retiro en el sistema, como da cuenta el reporte de semanas cotizadas allegado.

Expuso que la Corte Constitucional ha señalado que en los casos en que se debe establecer la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de una persona que sufre una enfermedad crónica, congénita o degenerativa, que no le impida ejercer actividades laborales remunerativas durante ciertos

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

periodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales en tal grado que le impide desarrollar cualquier actividad económica y productiva, apoyándose en las sentencias T 348 de 2015, T 383 y T 671 de 2016.

Indicó que en la sentencia T 627 de 2013, se expuso la forma en la que debe definirse la fecha de estructuración con fundamento en el momento en que el afiliado pierde en forma permanente y definitiva su capacidad laboral, para lo que la Corte ha desarrollado diferentes criterios: 1. La fecha debe definirse a partir de la emisión de la calificación de pérdida de capacidad laboral, según las sentencias T-561 de 2013 y T-483 de 2014, 2. La fecha se establece a partir del momento en que la persona realizó el último aporte al sistema general de pensiones, según las sentencias T-427 de 2012 y T-627 de 2013, y 3. La fecha se fija desde la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez ante la entidad encargada de ello, conforme la sentencia T-022 de 2013, y como quiera que existen varios criterios para definir la calenda de la estructuración del estado invalidante, todos razonables, el alto Tribunal Constitucional ha considerado que debe definirse atendiendo aquel que otorgue mayores garantías de acceso a la pensión de invalidez, postura acogida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3275 de 2019.

Para el caso concreto -dijo - se evidenció que el actor se encuentra en estado invalidante en razón de las secuelas derivadas de la retinopatía con ocasión del padecimiento diabetes mellitus que le aqueja y que realizó el último aporte al sistema general de pensiones en el ciclo 02-2001, que la enfermedad diabetes mellitus se estima como crónica y que de ella derivan

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

consecuencias tales como la retinopatía, llevando a la ceguera al individuo que la padece, circunstancia que acaeció en este caso, lo que estimó *suficiente* para habilitar la aplicación del precedente jurisprudencial en garantía del derecho a la seguridad social que le asiste a aquellas personas que presentan disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, por lo que asimiló como fecha para realizar el estudio de semanas de cotización, la data en la que el demandante realizó el último aporte al sistema general de pensiones, es decir el 22 de febrero del 2001, ya que para esa data se encontraba imposibilitado para continuar haciendo los respectivos aportes, efectuando, a partir de ahí el conteo de semanas requeridas para acceder a la pensión deprecada, aplicando la norma vigente para dicha calenda, artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y concluyendo que en el paso traído por la disposición normativa el demandante cuenta con aportes necesarios pues sufragó un total de 460,29 semanas cotizadas de manera continua, razón por la que concluyó que el actor superó ampliamente la densidad de semanas necesarias para acceder a la pensión de invalidez.

Frente a su causación y disfrute, señaló que lo sería a partir de la fecha en que efectuó la última cotización al sistema, - 22 de febrero del 2001-; en cuanto al monto indicó que, conforme las operaciones aritméticas pertinentes el monto de la mesada resulta inferior al salario mínimo, por lo que la señaló en el salario mínimo mensual legal vigente, debidamente ajustado anualmente conforme al incremento decretado por el Gobierno Nacional.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que en este caso el actor pretendió el reconocimiento pensional el 26 de julio del 2018, interrumpiendo de esta manera la prescripción, y que radicó la demanda el 9 de agosto de 2019, por lo que los 3 años

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

anteriores a la fecha de la reclamación inicial corresponden al 26 de julio del 2015, quedando prescritas las mesadas causadas con anterioridad a tal data.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no impartió condena por tal concepto, pues la misma se torna improcedente cuando el derecho pensional ha sido reconocido en virtud de la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial, como sucede en este caso, sin embargo, accedió a la indexación de las sumas adeudadas atendiendo la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES argumentó que el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 84.59% con fecha de estructuración del 21 de diciembre de 2004 según dictamen de pérdida de capacidad laboral del 05 de abril del 2018, emitido por Colpensiones, y por lo tanto la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por la 860 de 2003, por ser la vigente al momento de estructurarse la pérdida de capacidad laboral.

Señaló que, al aplicar dicha normatividad, se exige como requisito para acceder a la prestación, que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, requisito que no cumple el actor, toda vez que se última cotización data del 28 de febrero del 2001.

Indicó que, en un eventual estudio del caso bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, este deberá realizarse con los requisitos establecidos en la Ley 100 de

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

1993 en su texto original, como quiera que es la ley inmediatamente anterior de la ocurrencia de los hechos, norma que señala como requisitos para la prestación, que el afiliado que se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez y, que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiere efectuado aportes por los menos 26 semanas al año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez, condición que el actor no cumple, como quiera que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral ocurrió el 21 de diciembre de 2004.

V. CONSIDERACIONES

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **el problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar, si en aplicación del criterio de capacidad laboral residual desarrollado como subregla de la jurisprudencia nacional, resulta dable el reconocimiento de la pensión de invalidez al demandante teniendo como fecha de

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

estructuración de la invalidez la del día que el demandante realizó su última cotización al sistema general de pensiones y no la de la estructuración establecida en el dictamen realizado por Colpensiones.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Lo primero por señalar es que, la pensión de invalidez, es una prestación que suple los ingresos de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y, por ende, se ve impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. Según el ordenamiento sobre la materia, se considera inválida una persona cuando por una causa no provocada intencionalmente pierda el 50% o más de su capacidad laboral¹.

Así mismo, que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de la misma, como de manera reiterada lo ha establecido la H. Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, (ver entre otras SL4031-2017, SL3905-2018 y SL1040-2021).

Por lo anterior, atendiendo a la data de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del señor Carlos Enrique Cortés Ríos (21 de diciembre de 2004 - Archivo GRP-DPC-CL-2018_1135314-20180405090107 Carpeta No. 01.02), la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el **artículo 1° de la Ley 860 de 2003**, disposición que establece como requisitos de acceso a la misma las siguientes condiciones: *i) Invalidez causada por enfermedad*: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro

¹ Ley 100 de 1993, artículo 38.

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; **ii) Invalidez causada por accidente:** Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

Así mismo, la norma aplicable en cuanto al trámite para la calificación de la invalidez, en lo que interesa al caso, lo es el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014, (norma vigente al momento de su calificación) - por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional- señala que “*se entiende por fecha de estructuración la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional*”.

EL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son objeto de controversia y se encuentran probados en el proceso los hechos relativos a que **i)** el demandante Carlos Enrique Cortés se afilió y efectuó aportes a Colpensiones a partir del **01/12/1978**, en calidad de trabajador dependiente (fls. 40-41 archivo 01 y carpeta 01.03) ; **ii)** el diagnóstico que padece el actor de “HTA, diabetes mellitus, retinopatía diabética, falla cardiaca, insuficiencia renal crónica, hipertensión” y “glaucoma neovascular terminal”, conforme historia clínica allegada (fl. 56 a 166 Archivo 01); **iii)** la calificación en abril de 2018 de la pérdida de capacidad laboral del demandante en un **84,59%**, según

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones, en el que se establece el origen común de la patología y la fecha de estructuración al **21 de diciembre de 2004**, dictamen en el cual se califican las patologías “*diabetes mellitus insulino dependiente con complicaciones múltiples, insuficiencia renal terminal, ceguera de ambos ojos e hipertensión esencial (primaria)*” como de tipo catastrófica y/o ruinosa (Archivo GRP-DPC-CL-2018_1135314-20180405090107 Carpeta No. 01.02); **iv)** que el demandante efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones hasta el mes de febrero de 2001, acumulando un total de **460.29** semanas cotizadas, de las cuales ninguna fue cotizada entre el 22 de diciembre de 2001 y el 21 de diciembre de 2004 (fls. 40-41 archivo 01 y carpeta 01.03); **v)** la solicitud de pensión de invalidez elevada por el actor el 26/07/2018 (archivo GRP-FSP-AF-2018_8824224-20180726053900 Carpeta 01.02), resuelta en forma negativa por la pasiva mediante Resolución SUB 205637 del 02/05/2018, por cuanto no acumulaba 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración (Archivo GRF-AAT-RP-2018_8824224-20180802091748 Carpeta 01.02 y 26 a 31 archivo 01); acto administrativo confirmado mediante las Resoluciones SUB 229667 del 30/08/2018 y DIR 16270 del 06/09/2018, (fl. 33 a 38, 19 a 24 Archivo 01 y Archivos GRF-AAT-RP-2018_11193099-20180907035312 y GRF-AAT-RP-2018_10033307_2-20180906103525 Carpeta 01.02); **vi)** la solicitud de indemnización sustitutiva elevada por el actor el 09/11/2018 (Archivo GRP-FSP-AF-2018_14261228-20181109120030 carpeta 01.02), prestación que igualmente le fue negada mediante Resolución SUB 35517 del 11/02/2019 argumentando la entidad que la manifestación de imposibilidad de seguir cotizando al sistema pensional no se encuentra suscrita por el señor Cortes Ríos (Archivo GRF-AAT-RP-2018_14261228-20190211082301.pdf Carpeta 01.02); decisión que fue

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

confirmada mediante Resolución DPE 630 del 13/03/2019.
(Archivo GRF-AAT-RP-2019_2306157-20190313061244.pdf
Carpeta 01.02)

Pues bien. Tal como quedó establecido en precedencia y no es motivo de controversia, el demandante registra en su historia laboral un total de **460.29** semanas cotizadas a Colpensiones, de las cuales **cero (0)** fueron cotizadas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez dictaminada por Colpensiones (**21 de diciembre de 2004**).

También se tiene que al proceso se arrió la historia clínica del señor Cortés Ríos comprendida al menos entre los años 2001 y 2018 (fls 49 al 116 del Exp. Digital) que da cuenta de las múltiples enfermedades del causante, entre las que se encuentran algunas como *“HTA, diabetes mellitus, retinopatía diabética, falla cardíaca, insuficiencia renal crónica, hipertensión”* y *“glaucoma neovascular terminal”*², lo que se acompasa con el dictamen realizado por Colpensiones, en el que se indica que padece de *“diabetes mellitus insulino dependiente con complicaciones múltiples, insuficiencia renal terminal, ceguera de ambos ojos e hipertensión esencial (primaria)”*³.

Lo anterior, pone en evidencia, que el debate se centra en establecer si hay lugar a tener en cuenta las semanas cotizadas, con anterioridad a la fecha de estructuración para el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo la postura jurisprudencial relativa a las enfermedades catastróficas, degenerativas o congénitas, y en caso positivo determinar, la fecha a partir de la cual, procede el pago de la prestación, en vista de que tampoco ofrece mayor reparo que, la norma que

² Fl. 56 a 166 archivo 01

³ Archivo GRP-DPC-CL-2018_1135314-20180405090107 Carpeta No. 01.02

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

gobierna el derecho reclamado es la Ley 860 de 2003, que en su artículo 1° exige 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, y que dicho requisito no fue cumplido por el afiliado.

Sobre esa materia, la Corte Constitucional, entre otras y desde la sentencia T-054 de 2012, ha permitido computar las semanas cotizadas **luego** de la fecha de estructuración de la invalidez, tratándose de las enfermedades referidas, siempre y cuando esas cotizaciones posteriores, sean producto del ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del afiliado, que le haya permitido desempeñar una labor y cotizar, conforme lo concluyó en la sentencia **SU-588 de 2016**.

Nótese pues, como enfermedades como la diabetes mellitus y la insuficiencia renal, son consideradas como enfermedades de carácter *crónico*, lo que, documentadas ampliamente en el caso bajo análisis habilitan el estudio de la prestación conforme el precedente según el cual⁴, para identificar la fecha de causación de la pensión en tratándose de afiliados con patologías crónicas o degenerativas:

(i) “no se puede limitar a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a [la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral]”, sino tener en cuenta factores como “las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral”; (ii) debe “verificar que **los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, [a)] hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual** del interesado y [b)] que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social”, y (iii) debe determinar el momento desde el cual se verificará que la persona cuenta con el número de semanas legalmente requeridas para obtener la pensión, ya sea “la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el

⁴ SU-588 de 2016.

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional” (SU588 de 2016).

En efecto la Corte Constitucional en sentencia SU 588 de 2016, explicó que, para determinar el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, las administradoras de pensiones y las autoridades judiciales deben verificar:

“...(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional”.

Esa postura, se acompasa con la actual de la Corte Suprema de Justicia, variada a partir de la sentencia SL3275 de 2019, y reiterada en las sentencias SL3992 de 2019 , SL 409 de 2020 y SL 1718 de 2021, en las que ha permitido contabilizar las cotizaciones para afiliados con enfermedades crónicas y degenerativas, *aún después* de la fecha de estructuración y hasta la última cotización -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió al cotizante seguir trabajando-.

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

En efecto, en un caso de similares connotaciones al que aquí se analiza, indicó en la ya referida sentencia SL 1718 del 03 de marzo de 2021 que:

“...en recientes decisiones CSJ SL3275-2019, CSJ SL3992-2019 y CSJ SL770-2020, la Corte precisó que en tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, como es el caso del accionante, es posible tener en cuenta no solo la data formal de estructuración de la invalidez, sino también (i) la de la calificación de dicho estado, (ii) la de la solicitud de reconocimiento pensional, o (iii) la de la última cotización realizada, dado que estas circunstancias permiten establecer que el afiliado, pese a la declaratoria formal inserta en un dictamen médico científico sobre su condición para trabajar, conservaba una capacidad laboral y por ello es dable fijar una fecha de estructuración de la invalidez diferente.
(...)

Pues bien, nótese que el asunto que se analiza gira en torno a una persona que (i) padece de una enfermedad de tipo crónica y degenerativa, esto es, «insuficiencia renal crónica terminal (diálisis) –SIND COLVULSIVO–S.M.O.–SIND ANÉMICO» y (ii) que **aún luego de la fecha del dictamen de la junta regional, siguió cotizando al sistema de seguridad social en pensiones** hasta el 30 de noviembre de 2004.

(...)En esa dirección, esta Sala ha adoctrinado que es perfectamente posible que los afiliados que padecen este tipo de enfermedades, a pesar de su gravedad, conserven una capacidad laboral que **les permita ingresar o mantenerse en el mercado de trabajo** y, por esa vía, afiliarse y cotizar al sistema de seguridad social, en condiciones normales, de modo que agencien por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana (CSJ SL3992-2019).

De modo que los aportes que una persona trabajadora en estas condiciones efectúe al sistema de seguridad social en pensiones deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento eventual de la prestación, **así estos se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada en un dictamen** y, en consecuencia, se reitera, para identificar la fecha de causación de la pensión es posible computar la última cotización efectuada al estimarse que a partir de allí el individuo tuvo una situación de invalidez en los términos establecidos en el artículo 3.º del Decreto 917 de 1999, esto es, una pérdida de capacidad laboral

en forma permanente y definitiva.

Así las cosas, pese a que al demandante se le estructuró la pérdida de la capacidad laboral a partir del 18 de diciembre de 1990, lo cierto es que realizó aportes al sistema pensional hasta el 30 de noviembre de 2004, que viene a ser, en este caso concreto, el factor determinante para concluir que desde esa data tuvo una pérdida de capacidad laboral de manera permanente y definitiva y, por tanto, una situación de invalidez amparable por el sistema de seguridad social (...)."

Atendiendo las anteriores premisas fácticas y normativas, lo primero por precisarse es, que no fue objeto de la demanda la impugnación del dictamen emitido por Colpensiones, sino simplemente el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo como fecha de estructuración el 01 de marzo del 2001, esto es, una muy *anterior* al dictamen de pérdida de capacidad laboral, en virtud de la subregla jurisprudencial de capacidad laboral residual.

En primera medida debe decirse que la Sala no puede sostener, como lo sentenció el A Quo, que la sub-regla jurisprudencial que desarrolla la tesis de la capacidad residual pueda interpretarse de la forma planteada en la sentencia y que, en virtud de ello se tome como fecha de estructuración de la invalidez "*la fecha de la última cotización al sistema*", pues es claro que el precedente expuesto fue desarrollado para aquellos casos en los que se verifica que el afiliado que padece de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas -como en este caso - efectuó cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, precisamente, en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual con la que pudo efectuar cotizaciones al sistema pese a que formalmente tenga calificada una fecha de estructuración anterior.

En efecto, de una lectura detenida de las sentencias de la Corte Constitucional y de las que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha proferido acogiendo el criterio de la primera de las nombradas Corporaciones, se tiene que no por el simple hecho que el afiliado padezca una enfermedad crónica o degenerativa, automáticamente puede modificarse la regla normativa del cumplimiento de las 50 semanas de cotización que exige el artículo 39 de la ley 100 de 1993, dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, sino que el elemento fundamental que permite que ese número de semanas de cotización se contabilice desde otro límite, - como la fecha de la última cotización o la fecha de la calificación de la invalidez-, es que se advierta que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez se hayan efectuado otro número importante de cotizaciones que se acumulan en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual y que sea este hecho cierto, es decir la realización de cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, el que permita concluir que hasta la fecha de la última cotización la enfermedad permitió que el afiliado continuara ejecutando alguna actividad laboral, se reitera, en ejercicio de la denominada capacidad laboral residual, semanas estas que, si se aplicara estrictamente el tenor literal de la norma, no podrían tenerse en cuenta para determinar el cumplimiento de las 50 semanas de cotización, pues el periodo en el que debe cumplirse el requisito son los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Entonces debe decirse, que no encuentra asidero legal o jurisprudencial la decisión del A Quo de tomar como fecha de estructuración de la invalidez, aquella en que el afiliado “ *efectuó la última cotización al sistema*”, esto es el febrero de 2001, atendiendo las consideraciones que preceden, pues no se

evidencia aquí un supuesto de capacidad residual. Por el contrario, es evidente que las cotizaciones al sistema cesaron en dicha calenda y que la fecha de estructuración de la invalidez se dictaminó al año 2004, dictamen que se repite quedó en firme sin controversia alguna al interior del trámite administrativo. En otras palabras, no resulta posible la aplicación de la subregla de la capacidad laboral residual para los casos que se pretenda la estructuración de dicha pérdida de capacidad laboral en momento *anterior* al de la fecha dictaminada por la entidad competente, precisamente porque el supuesto de caso analizado por las Cortes, es aquel en el que se acredita que la persona pudo seguir laborando (no al contrario) y por ello es posible modificar la fecha de estructuración *al futuro*, y como en el asunto de marras se verifica que posterior a la fecha de estructuración de la invalidez (diciembre de 2004) no se efectuaron cotizaciones al sistema general de pensiones, no puede aplicarse la subregla de pérdida de capacidad residual elaborado por la jurisprudencia citada en precedencia; razones por las que necesariamente habrá de **REVOCARSE** la decisión de primera instancia para en su lugar negar las pretensiones de la demanda .

Finalmente debe advertirse que no desconoce la Sala ser cierto que la historia clínica del actor brinda elementos que permiten conocer los dictámenes, patologías, tratamientos y terapias a las que se sometió el actor al menos desde el año 2001; pero también lo es que de la misma no es posible inferir, directamente por el operador judicial, una fecha de estructuración de su invalidez *distinta* a la hallada por la entidad calificadora. Para ello se requiere de un instrumento médico, técnico y científico que permita constatar la forma en que evolucionaron sus dolencias oculares y renales; debe estar respaldado en un método convalidado por la comunidad científica, e incorporar un análisis minucioso y objetivo de todos

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

los elementos del expediente clínico; y como en el presente asunto no existe un medio de convicción apto con las aludidas cualidades, no es posible concluir una fecha probable y científicamente segura de la estructuración de invalidez *que contrapruebe en forma distinta a lo que estableció el dictamen emitido por Colpensiones*, el cual - se insiste -, no fue controvertido en el asunto puesto bajo conocimiento de la jurisdicción.

Esclarecido lo anterior, procede la Sala a estudiar la **pretensión subsidiaria** relativa al reconocimiento de la **indemnización sustitutiva**.

Frente al particular, dicha prestación se encuentra consagrada en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993, norma que a la letra dice:

“Artículo 45. Indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley.”

De la norma en cita, se tiene que la persona que quiera acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez debe, al momento de invalidarse, no reunir los requisitos para acceder a esta prestación, situación que cumple el actor ya que su pérdida de capacidad laboral del 84.59% tuvo como fecha de estructuración el 21 de diciembre de 2004 y dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a esta data el demandante no cotizó 50 semanas.

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

Así las cosas, siendo claro que el actor cumple con los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, se procede a estudiar si hay lugar a declarar la excepción de **prescripción**.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencias como la T -510 de 2017, que reitera la T -546 de 2008, ha enseñado que es imprescriptible la indemnización sustitutiva, en tanto busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, por lo que, al equipararse a un derecho pensional, su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias STL20644-2017 y SL4559-2019, puntualizó que la indemnización sustitutiva no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, 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; motivo por el que es imprescriptible.

Así las cosas, conforme las operaciones aritméticas correspondientes y, con apoyo del Grupo Liquidador de esta Corporación, conforme la liquidación anexa, se tiene que la suma a pagar por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

de invalidez es la suma de **\$7.592.155**, suma sobre la cual **no hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios** pretendidos en la demanda, como quiera que la norma que faculta su imposición (art. 141 de Ley 100 de 1993,) solo fue prevista para aquellos eventos en los que las administradoras de los regímenes pensionales incurran en mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales a su cargo.

Adicionalmente téngase en cuenta que, si bien es claro que los intereses moratorios tienen un contenido resarcitorio y no sancionatorio, no queda duda de que imponen una carga a las administradoras de los regímenes pensionales, que no es dable ampliar o aplicar por vía de analogía, respecto de prestaciones para las cuales no fueron concebidos, así aquellas pertenezcan al mismo sistema general de pensiones.

No obstante, se ordenará el pago de la prestación **debidamente indexada**, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Costas a cargo de la parte vencida en juicio, (art. 365 del C.G.P.). Como agencias en derecho se fija la suma de quinientos cincuenta mil pesos (\$550.000.00) a cargo de COLPENSIONES.

VI. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, para en su lugar:

- 1.1. **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones principales incoadas en su contra, de conformidad con las razones expuestas en esta sentencia.
- 1.2. **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez a favor del señor Carlos Enrique Cortés Ríos, en la suma de \$7.592.155, suma que deberá ser debidamente indexada, conforme se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. - Costas a cargo de la parte vencida en juicio, al resultar próspera la pretensión subsidiaria de la demanda (art. 365 del C.G.P.). Como agencias en derecho se fija la suma de quinientos cincuenta mil pesos (\$550.000.00) a cargo de COLPENSIONES.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310503420190053101

Demandante: CARLOS ENRIQUE CORTES RIOS

Demandado: COLPENSIONES



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. ALEJANDRA MARIA HENAO
RADICADO: 110013105034201953101
DEMANDANTE :
DEMANDADO: COLPENSIONES

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

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2022 para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	Colpensiones	x
	Otros	

Promedio Salarial Anual							
Año 1978							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/12/78	31/12/78	31	3.300	106,45	\$ 3.300,00		
Total días		31			\$ 3.300,00	\$ 106,45	\$ 3.193,55
Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	15/01/79	15	3.300	110	\$ 1.650,00		
26/11/79	30/11/79	5	4.410	147	\$ 735,00		
01/12/79	31/12/79	31	4.410	142,258065	\$ 4.410,00		
Total días		51			\$ 6.795,00	\$ 133,24	\$ 3.997,06
Año 1980							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/80	25/01/80	25	4.410	147	\$ 3.675,00		
01/06/80	30/06/80	30	4.410	147	\$ 4.410,00		
01/07/80	31/07/80	31	4.410	142,258065	\$ 4.410,00		
01/08/80	31/08/80	31	4.410	142,258065	\$ 4.410,00		
01/09/80	30/09/80	30	4.410	147	\$ 4.410,00		
01/10/80	06/10/80	6	4.410	147	\$ 882,00		
Total días		153			\$ 22.197,00	\$ 145,08	\$ 4.352,35
Año 1981							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
06/03/81	31/03/81	26	5.790	193	\$ 5.018,00		
01/04/81	30/04/81	30	5.790	193	\$ 5.790,00		
01/05/81	31/05/81	31	5.790	186,774194	\$ 5.790,00		
01/06/81	30/06/81	30	5.790	193	\$ 5.790,00		
01/07/81	31/07/81	31	5.790	186,774194	\$ 5.790,00		
01/08/81	31/08/81	31	5.790	186,774194	\$ 5.790,00		
01/09/81	30/09/81	30	5.790	193	\$ 5.790,00		
01/10/81	31/10/81	31	5.790	186,774194	\$ 5.790,00		
01/11/81	16/11/81	16	5.790	193	\$ 3.088,00		
Total días		256			\$ 48.636,00	\$ 189,98	\$ 5.699,53
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
06/05/86	31/05/86	26	35.580,00	1.186,00	\$ 30.836,00		
01/06/86	30/06/86	30	35.580,00	1186	\$ 35.580,00		
01/07/86	31/07/86	31	17.790,00	573,870968	\$ 17.790,00		
Total días		87			\$ 84.206,00	\$ 967,89	\$ 29.036,55
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
31/08/87	31/08/87	1	21.420	714	\$ 714,00		
01/09/87	30/09/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/10/87	31/10/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/11/87	30/11/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/12/87	31/12/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
Total días		123			\$ 86.394	\$ 702,39	\$ 21.071,71
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/02/88	29/02/88	29	25.530	880,344828	\$ 25.530,00		
01/03/88	31/03/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/04/88	30/04/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/05/88	31/05/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/06/88	30/06/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/07/88	31/07/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/08/88	31/08/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/09/88	30/09/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/10/88	03/10/88	3	25.530	851	\$ 2.553,00		
Total días		277			\$ 232.323	\$ 838,71	\$ 25.161,34
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
31/01/92	31/01/92	1	99.630	3.321	\$ 3.321,00		
01/02/92	29/02/92	29	99.630	3435,51724	\$ 99.630,00		
01/03/92	31/03/92	31	99.630	3213,87097	\$ 99.630,00		
01/04/92	30/04/92	30	99.630	3321	\$ 99.630,00		
01/05/92	31/05/92	31	99.630	3213,87097	\$ 99.630,00		
01/06/92	30/06/92	30	99.630	3321	\$ 99.630,00		
04/09/92	30/09/92	27	70.260	2.342	\$ 63.234,00		
01/10/92	31/10/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
01/11/92	30/11/92	30	70.260	2342	\$ 70.260,00		
01/12/92	31/12/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
Total días		271			\$ 775.485	\$ 2.861,57	\$ 85.847,05
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/02/93	10/02/93	10	89.070	2.969	\$ 29.690,00		
19/02/93	28/02/93	10	89.070	2.969	\$ 29.690,00		
01/03/93	31/03/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/04/93	30/04/93	30	89.070	2969	\$ 89.070,00		
01/05/93	31/05/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/06/93	30/06/93	30	89.070	2969	\$ 89.070,00		
01/07/93	31/07/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/08/93	31/08/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/09/93	30/09/93	30	89.070	2969	\$ 89.070,00		
01/10/93	31/10/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
25/11/93	30/11/93	6	107.675	3.589	\$ 21.535,00		
01/12/93	31/12/93	31	107.675	3473,3871	\$ 107.675,00		
Total días		333			\$ 990.220	\$ 2.973,63	\$ 89.209,01
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	30	107.675	3.589,17	107.675,00		
01/02/94	15/02/94	15	107.675	3.589,17	53.837,50		
14/03/94	31/03/94	17	107.675	3.589,17	61.015,83		
01/04/94	13/04/94	13	98.700	3.290,00	42.770,00		
06/07/94	31/07/94	25	98.700	3.290,00	82.250,00		
01/08/94	31/08/94	30	98.700	3.290,00	98.700,00		
01/09/94	30/09/94	30	98.700	3.290,00	98.700,00		
01/10/94	31/10/94	30	98.700	3.290,00	98.700,00		
Total días		190			\$ 643.648	\$ 3.387,62	\$ 101.628,68
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/97	28/02/97	30	180.000	6.000,00	180.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/03/97	31/03/97	30	180.000	6.000,00	180.000,00		
01/04/97	30/04/97	30	231.564	7.718,80	231.564,00		
01/05/97	31/05/97	30	225.226	7.507,53	225.226,00		
01/06/97	30/06/97	30	212.850	7.095,00	212.850,00		
01/07/97	31/07/97	30	219.788	7.326,27	219.788,00		
01/08/97	31/08/97	30	213.113	7.103,77	213.113,00		
01/09/97	30/09/97	30	215.766	7.192,20	215.766,00		
01/10/97	31/10/97	30	214.838	7.161,27	214.838,00		
01/11/97	30/11/97	30	221.000	7.366,67	221.000,00		
01/12/97	31/12/97	30	252.750	8.425,00	252.750,00		
Total días		330			\$ 2.366.895	\$ 7.172,41	\$ 215.172,27
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	266.903	8.896,77	266.903,00		
01/02/98	28/02/98	30	283.000	9.433,33	283.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	271.000	9.033,33	271.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	276.000	9.200,00	276.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	277.000	9.233,33	277.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	270.000	9.000,00	270.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	218.700	7.290,00	218.700,00		
01/08/98	31/08/98	30	266.850	8.895,00	266.850,00		
01/09/98	30/09/98	30	275.000	9.166,67	275.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	274.950	9.165,00	274.950,00		
01/11/98	30/11/98	30	274.000	9.133,33	274.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	268.200	8.940,00	268.200,00		
Total días		360			\$ 3.221.603	\$ 8.948,90	\$ 268.466,92
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	265.000	8.833,33	265.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	314.000	10.466,67	314.000,00		
01/03/99	31/03/99	30	320.000	10.666,67	320.000,00		
01/04/99	30/04/99	30	316.406	10.546,87	316.406,00		
01/05/99	31/05/99	30	320.000	10.666,67	320.000,00		
01/06/99	30/06/99	30	316.000	10.533,33	316.000,00		
01/07/99	31/07/99	30	310.000	10.333,33	310.000,00		
01/08/99	31/08/99	30	316.000	10.533,33	316.000,00		
01/09/99	30/09/99	30	321.354	10.711,80	321.354,00		
01/10/99	31/10/99	30	284.000	9.466,67	284.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	273.000	9.100,00	273.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	307.000	10.233,33	307.000,00		
Total días		360			\$ 3.662.760	\$ 10.174,33	\$ 305.230,00
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	316.000	10.533,33	316.000,00		
01/02/00	29/02/00	30	343.000	11.433,33	343.000,00		
01/03/00	31/03/00	30	344.000	11.466,67	344.000,00		
01/04/00	30/04/00	30	309.375	10.312,50	309.375,00		
01/05/00	31/05/00	30	325.406	10.846,87	325.406,00		
01/06/00	30/06/00	30	349.000	11.633,33	349.000,00		
01/07/00	31/07/00	30	337.501	11.250,03	337.501,00		
01/08/00	31/08/00	30	345.094	11.503,13	345.094,00		
01/09/00	30/09/00	30	410.344	13.678,13	410.344,00		
01/10/00	31/10/00	30	340.172	11.339,07	340.172,00		
01/11/00	30/11/00	30	334.687	11.156,23	334.687,00		
01/12/00	31/12/00	30	329.203	10.973,43	329.203,00		
Total días		360			\$ 4.083.782	\$ 11.343,84	\$ 340.315,17
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	360.330	12.011,00	360.330,00		
01/02/01	28/02/01	21	200.200	6.673,33	140.140,00		
Total días		51			\$ 500.470	\$ 9.813,14	\$ 294.394,12



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1978	31	0,470	111,410	237,043	\$ 3.193,55	\$ 757.007,00	\$ 782.241,00
1979	51	0,560	111,410	198,946	\$ 3.997,06	\$ 795.201,00	\$ 1.351.842,00
1980	153	0,720	111,410	154,736	\$ 4.352,35	\$ 673.466,00	\$ 3.434.677,00
1981	256	0,900	111,410	123,789	\$ 5.699,53	\$ 705.539,00	\$ 6.020.599,00
1986	87	2,380	111,410	46,811	\$ 29.036,55	\$ 1.359.228,00	\$ 3.941.761,00
1987	123	2,880	111,410	38,684	\$ 21.071,71	\$ 815.139,00	\$ 3.342.070,00
1988	277	3,580	111,410	31,120	\$ 25.161,34	\$ 783.024,00	\$ 7.229.922,00
1992	271	9,700	111,410	11,486	\$ 85.847,05	\$ 986.002,00	\$ 8.906.885,00
1993	333	12,140	111,410	9,177	\$ 89.209,01	\$ 818.680,00	\$ 9.087.348,00
1994	190	14,890	111,410	7,482	\$ 101.628,68	\$ 760.406,00	\$ 4.815.905,00
1997	330	26,520	111,410	4,201	\$ 215.172,27	\$ 903.934,00	\$ 9.943.274,00
1998	360	31,210	111,410	3,570	\$ 268.466,92	\$ 958.343,00	\$ 11.500.116,00
1999	360	36,420	111,410	3,059	\$ 305.230,00	\$ 933.709,00	\$ 11.204.508,00
2000	360	39,790	111,410	2,800	\$ 340.315,17	\$ 952.865,00	\$ 11.434.380,00
2001	51	43,270	111,410	2,575	\$ 294.394,12	\$ 757.995,00	\$ 1.288.592,00
Total días	3233	Total devengado actualizado a				2022	\$ 94.284.120,0
Semanas Cotizadas S.C.	461,86	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 204.141,31
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					8,052%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2022	\$ 7.592.155,00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 7.592.155
Total	\$ 7.592.155

Fuente	Tabla del IPC - DANE.,
Observaciones	

Fecha liquidación viernes, 9 de septiembre de 2022 Recibe: _____

Código Único de Identificación: 11001310503820190057301

Demandante: CARMEN AMANDA GUERRERO NARANJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

AUTO

Reconózcase a la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas, identificada con C.C. No. 1.093.783.369 y TP No. 321.634 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CARMEN AMANDA GUERRERO NARANJO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310503820190057301
Demandante: CARMEN AMANDA GUERRERO NARANJO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende declarar la nulidad de traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RAIS) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado el 20 de enero del 2003 a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y a esta última a recibirla sin solución de continuidad.

Así mismo, solicita se reconozca a la demandante como beneficiaria del régimen de transición y se le reconozca la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (fls. 105 a 169 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, tras declarar que no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó:

prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, (Fls. 185 a 208 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

2.1. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A. (fls. 170 a 181 Archivo 01), elevó demanda de reconvención, pretendiendo el reintegro de las sumas de dinero que ha cancelado a la señora Carmen Amanda Guerrero Naranjo por concepto de mesadas pensionales desde el 1° de marzo del 2016, derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez.

Argumentó que la demandante se afilió a Porvenir S.A. desde el 01/03/2003, que esa AFP reconoció pensión de garantía mínima de pensión de vejez a partir del 01/03/2016 y actualmente recibe la prestación de manera mensual.

Esta demanda fue admitida mediante auto del 4 de marzo del 2020 (fl. 210 a 211 Archivo 01)

2.1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Mediante escrito visible a folios 212 a 213 del Archivo 01, la señora Guerrero Naranjo, por intermedio de su apoderado, dio

contestación a la demandante de reconvención, solicitando se le absuelva de las pretensiones incoadas, tras indicar que todos los hechos son ciertos; frente a esta demanda, no se propusieron excepciones de fondo.

Mediante auto del 22 de octubre del 2020 (Archivo 03), se tuvo por contestada la demanda de reconvención por parte de Carmen Amanda Guerrero Naranjo.

Posteriormente, dentro de la audiencia llevada a cabo el 2 de febrero del 2021 (Archivos 07 y 08), se declaró probada la excepción previa presentada por Porvenir S.A. y se vinculó a la litis a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, en calidad de litis consorcio necesario, entidad que arrió contestación a la demanda (Carpeta 10), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declarando que la mayoría de los hechos no le constaban y proponiendo como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, improcedencia del traslado de régimen pensional de la demandante por ostentar la calidad de pensionada y por ostensible violación normativa, necesidad de reintegrar a la Nación el valor pagado por el bono pensional de la demandante, buena fe, prescripción y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **absolutoria**. Para arribar a tal decisión, citó la sentencia SL 373-2021 de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se señaló que, tratándose de personas que ya tienen una situación jurídica consolidada, específicamente el reconocimiento de pensión en el R.A.I.S., a pesar de que se advierta omisión en el deber de información al momento de la afiliación, no es viable retrotraer la actuación correspondiente o declarar la ineficacia o nulidad del traslado en la medida en

que se estaría en presencia de una situación en la que no es procedente retrotraer las cosas a su estado anterior.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE.

Indicó, en síntesis, que deben revisarse las características especiales y no simplemente tener en cuenta el estatus o no de pensionada y citó apartes de la sentencia SL 1309 del 2021, en la que –dice– se resuelve el asunto específico de una persona con régimen de transición que se encuentra pensionada.

Expuso que, conforme la sentencia mencionada, y frente al caso concreto, el material probatorio recaudado únicamente hace alusión a certificados de reconocimiento pensional y la comunicación de ello, pero no existe prueba que demuestre que efectivamente la demandante haya suscrito documento o contrato donde haya seleccionado de manera consensuada la modalidad de pensión que más le convendría, debiéndose aplicar el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia SL 1309 de 2021, ya que la demandante no es pensionada, sino afiliada al sistema, debido a que no suscribió los documentos que logren demostrar que efectivamente gozaba de esa pensión de garantía mínima, y aunque está gozando de ella, no fue en la modalidad seleccionada por la demandante, criterio que también se expuso en la sentencia SL 3058 de 2019 en la que se hace alusión a una persona que se encuentra pensionada, donde se le debieron ilustrar sobre las condiciones de esa modalidad de pensión.

Indicó que la demandante posee una condición especial, la cual es que es beneficiaria del régimen de transición con base en el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que tenía 890 semanas y 52 años, y para el 31 de diciembre de 2014 la actora contaba con más de 55 años y 1.465 semanas aproximadamente.

Citó la sentencia con radicado 31989 del 2008, en la que se indica que al afiliado se le genera un perjuicio al tener materializado un derecho como lo es el régimen de transición y que estaba a la espera de las condiciones del cumplimiento de la edad para que efectivamente gozara de la pensión de vejez y en este caso, la demandante contaba con 47 años de edad al momento en que fue abordada por un asesor de Porvenir S.A. que la indujo a un error, que se materializó en ese perjuicio de la mesada pensional, al cumplir con las condiciones del régimen de transición, el cual es más beneficioso en edad y semanas cotizadas.

Concluyó reiterando que, brilla por su ausencia material probatorio que demuestre que a la demandante le hubieran indicado esas condiciones especialísimas de las que gozaba al momento de su traslado en el 2003 y que le era más beneficioso permanecer en el ISS y pese a que en el formulario de afiliación se manifiesta que se le ilustró efectivamente sobre el régimen de transición, cuando ello no fue demostrado, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el formulario de afiliación no logra demostrar efectivamente cuál fue la información que se le brindó al afiliado al momento de celebrar ese negocio jurídico.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las accionadas y la vinculada, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior encuentra la Sala que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si en el caso de afiliados que se trasladaron del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se encuentran pensionados por este último régimen, resulta posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

De antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional, de ahí que tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, y por ende, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de

ese deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si la persona era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, STL8125-2020).

También, la jurisprudencia ha establecido que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del afiliado sin vicios, sin que sea necesario acreditarlos para predicar la falta de información por parte de los fondos de pensiones (CSJ SL19447-2017, SL1452, SL1688, SL1689 y SL4426 de 2019, entre otras).

Y posteriormente al evaluar **la ineficacia del traslado en el caso de pensionados y de la prescripción para elevar la solicitud de perjuicios**, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, explicó lo siguiente:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)¹, lo cierto es **que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer**, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual **la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de**

actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...) **Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación.** Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un **perjuicio** en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a **valorar la totalidad de los daños irrogados** a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe **explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.**

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el **término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado". (Negrillas por la Sala).

De lo anterior puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos de **afiliados**, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida, so pena de ser ineficaz. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** ha adocinado que la calidad de pensionado es una **situación jurídica consolidada**, un hecho consumado, un estatus

jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; que por lo anterior, el pensionado que se considere lesionado puede obtener su reparación a través de la solicitud de perjuicios; y que el término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado.

VI. CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** la demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del ISS hoy Colpensiones, desde el 08/02/1984, según historia laboral obrante a folio 13 a 19 (Archivo 01) y GRP-SCH-HL-66554443332211_1694-20200129095748 (Carpeta 02); **ii)** el 20/01/2003 (fl. 130 y 174 Archivo 01) se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; **iii) PORVENIR S.A.**, le reconoció una **pensión de garantía mínima de vejez a partir del 1° de marzo del 2016**, la cual corresponde a un salario mínimo mensual legal vigente (Conforme fue aceptado por la demandada en reconvención², al aceptar el hecho 2 de dicha demanda ³ y fls. 168 y 180 Archivo 01); **iv)** La señora Carmen Guerrero radicó ante Porvenir S.A. carta dirigida a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, “con el fin de iniciar el trámite de garantía de pensión mínima definitiva” el día 13/02/2019 (fl. 167 y 179 Archivo 01); y; **vi)** solicitó retornar nuevamente al RPM el 29/07/2019 ante Colpensiones, pero le fue negada tal posibilidad por esa entidad (fls. 21 a 24 Archivo 01).

² Fl. 212 Archivo 01

³ Fl. 170 Archivo 01

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de enero de 2003, conforme el formulario de afiliación allegado al proceso, visible a folios 130 y 174 del Archivo 01 del expediente digital, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conllevaría a declarar la ineficacia del acto.

No obstante, pese a que no existe duda de la deficiencia en la información por parte de la A.F.P PORVENIR S.A., no podría declararse la ineficacia del traslado, pues no resulta posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, por cuanto, conforme se prueba con la documental arrimada al expediente, la actora **ya ostenta ante el sistema la calidad de pensionada**, hecho que además fue confesado por ésta al contestar la demanda de reconvenición, lo que de entrada da al traste con los argumentos de la apelación que pretenden - apoyándose para ello en la **SL1309- de 2021- Radicado 68091-**, que se tenga a la demandante, no como pensionada sino como “afiliada” argumentando que *“no existe prueba que demuestre que efectivamente la demandante haya suscrito documento o contrato donde haya seleccionado de manera consensuada la modalidad de pensión que más le convendría”* y que *“aunque está gozando de la garantía de pensión mínima no fue en la modalidad seleccionada por la demandante”*, no solo porque como se advirtió el estatus de pensionada de la demandante está acreditado en el proceso, sino porque además, la sentencia que se trae a colación en la apelación, resolvió un caso con supuestos fácticos y jurídicos distintos, dado que allí lo que se estudió fue la pretensión de la recuperación del régimen de

transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, por considerar que es derecho adquirido con fundamento en las sentencias **CC C-789 de 2002 y C1024 de 2004 y SU 062 de 2010**; asunto distinto al de marras, donde se busca la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen de pensiones.

Adicionalmente en apoyo de lo que se dice, resulta pertinente traer a colación la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia **SL 373 de 2021 - Rad.84475-**, (y el precedente expuesto a partir de dicha decisión), en la cual se analizó un caso de similares contornos fácticos al que aquí se estudia, pues se pretendió la declaratoria de nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y el retorno al régimen de prima media de una persona beneficiaria del régimen de transición pensional al que la A.F.P., ya le había otorgado la pensión en dicho régimen.

En dicha ocasión, pese a que la Corte advirtió que en efecto, las pruebas arrimadas no dan cuenta que la AFP hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, decidió *no casar* la sentencia del Tribunal que había revocado la decisión de primera instancia que había accedido a las pretensiones de la demanda, por cuanto estaba acreditada la calidad de pensionado del promotor del proceso, y ello comporta una *“situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto(...)”*

Ahora bien, igualmente resulta preciso resaltar que, si bien en dicha ocasión se estudió el caso de una persona a quien se

le otorgó la pensión de vejez bajo la modalidad de *retiro programado*, en su parte considerativa la sentencia ejemplifica las consecuencias que generaría el declarar la ineficacia del traslado de régimen de una persona que ya ostenta la calidad de pensionado inclusive en tratándose de un pensionado por garantía de pensión mínima –como en el caso que hoy se decide -. Frente al punto explicó:

“Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de Radicación n.º 84475 SCLAJPT-10 V.00 17 la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.”

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del A Quo de absolver a las llamadas a juicio, pues en el *sub judice*, la calidad de pensionada que ostenta la actora bajo la modalidad de garantía mínima de pensión de vejez y desde el 1º de marzo del 2016 resulta ser una **situación jurídica consolidada, un hecho consumado**, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, que entre otras cosas, configuraría un traumatismo que afectaría, no solo a la AFP, a Colpensiones sino a terceros entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con las aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y,

Código Único de Identificación: 11001310503820190057301

Demandante: CARMEN AMANDA GUERRERO NARANJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Conforme lo expuesto en precedencia, la demandante únicamente podría obtener reparación de eventuales daños a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que no se elevó en el presente juicio.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de la demandante.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** en ambas instancias a cargo de la demandante.

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

Código Único de Identificación: 11001310503820190057301

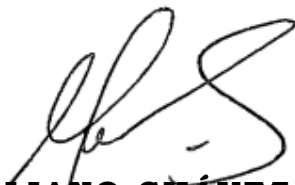
Demandante: CARMEN AMANDA GUERRERO NARANJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$150.000 a cargo de la demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Carmen Amanda Guerrero Naranjo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2019-00573**-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver el recurso de apelación, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Así mismo, me aparto de las consideraciones efectuadas por la alta Corporación, en torno a la reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, en los casos en los que, por tratarse de un pensionado, ha advertido que la situación jurídica ya está consolidada y no hay lugar a revertir ese estatus

dejando sin efectos el traslado de régimen, entre otras, en la sentencia CSJ SL373-2021, puesto que, en el mismo sentido en que lo consideró el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán (q.e.p.d.), en su salvamento y posteriores aclaraciones de voto sobre ese tema específico, considero que resultan impertinentes e inapropiadas tales consideraciones, puesto que se analiza la cuestión asignándole la responsabilidad a la AFP, definiendo la existencia del perjuicio por la cuantía de la prestación, el derecho a la indemnización plena de perjuicios a cargo de la administradora, lo que en verdad deviene en un prejuzgamiento, con la consecuente y evidente violación del derecho al debido proceso.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c1232513fbad033df86168bec7fa7f821a32707ac0520be86336552fd088e569**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:11 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310503820200006801

Demandante: LUIS ELISEO OLAYA GARCÍA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

AUTO

Reconózcase a la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas, identificada con C.C. No. 1.093.783.369 y TP No. 321.634 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) del (la) demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ELISEO OLAYA GARCÍA** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

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

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a Porvenir S.A. y Protección S.A., devolver a Colpensiones todos los aportes por él efectuados; y a esta última a tener por afiliado al actor.

Así mismo, solicita se aplique el principio de favorabilidad y se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, su retroactivo, indexación e intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PROTECCIÓN S.A. (Carpeta 08), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las

que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Carpeta 09), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES** (Carpeta 10), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia **absolutoria**¹. Para arribar a tal decisión, expuso, en síntesis, que el legislador dentro de la disposición normativa contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, confunde la ineficacia con los efectos propios de una

¹ Archivos 23 y 24

nulidad, asociándola a que ese atentado que da lugar a la ineficacia, genere un vicio del consentimiento, luego, el atentado que en cualquier forma se haga respecto del trabajador en la selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social, necesariamente debe comportar un vicio del consentimiento.

Precisó que, en el caso concreto, no se evidencian vicios del consentimiento en el proceso de afiliación del demandante y por ende no puede prosperar una declaratoria de nulidad y tampoco de ineficacia a la luz del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que las reglas jurisprudenciales establecidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no pueden ser aplicadas a título de imputación objetiva o de manera irreflexiva y automática en cualquier caso en el que se aduzca la omisión del deber de información al momento de la afiliación, al no tratarse de una ineficacia de pleno derecho, máxime cuando la ineficacia debería prosperar en la medida en que la omisión del deber de información o la falta del consentimiento informado genere un vicio del consentimiento

IV. RECURSO DE APELACIÓN

EL DEMANDANTE argumentó que, al analizar las respuestas del demandante al interrogatorio de parte por él absuelto, se manifestó que la jefe de la empresa para la que laboraba le indicó que el ISS se iba a terminar, habiéndose incurrido en un error, lo que contraría lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y recalcó que el empleador le indujo a cometer el primer error, al manifestarle que el ISS se iba a acabar.

Recalcó que en el interrogatorio de parte, el demandante manifestó que le hicieron firmar, que le dieron 7 minutos en donde solo le preguntaron sus datos personales y en ningún

momento le explicaron los beneficios del fondo, además, manifiesta que hasta el 2019 hace averiguaciones por su parte, pues ningún fondo le da información, y le manifiestan que su pensión sería de \$910.000, pese a que él efectúa aportes por un promedio mensual de \$5.000.000, adicionalmente, le dice que la pensión sería mejor, pero no le especificaron en qué sentido, lo que es engaño y falta de información, además, a la fecha no conoce qué es el bono pensional.

Citó la sentencia SL 1452 de 2019, en la que se indica que una información clara, transparente y veraz, debe quedar plasmada en un documento que indique los derechos, obligaciones y beneficios y este documento solamente tiene los datos necesarios como nombre, dirección, teléfono, ciudad, pero no contiene una información que indique qué es lo que firma y el hecho de que el actor sea contados no significa que tenga la obligación de saber sobre el tema pensional, además, en esta sentencia se manifiesta que el deber de información a cargos de las AFP es un deber exigible desde su creación.

Indicó que no hubo una información concreta, tal y como lo manifestó el actor en una de las respuestas dadas en el interrogatorio de parte, pues indicó que, cuando se realizó el cambio de Protección a Porvenir, el asesor lo único que le dijo es que se afiliaría porque le darían mejores beneficios, sin haber información veraz y transparente, incumpliendo también lo dispuesto en el artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993.

Concluyó reiterando que no se demostró que el demandante hubiere sido asesorado clara y transparentemente ante el traslado que realizada, no le dieron esa asesoría, lo que demuestra que fue engañado.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admite el recurso de

apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) del demandante y de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal

cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

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

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las

condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

d) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al

afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(…)Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
(…)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(…)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 11/07/1984 (Conforme contestación de Colpensiones al hecho 2 de la demanda²); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 21/04/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl. 75 y 104 Carpeta 09); **iii)** efectuó traslado entre administradoras del RAIS, el día 29/09/2006 afiliándose a la AFP Santander hoy Protección S.A., y **iv)** el día 06/12/2019 (fl. 124 Archivo 01) solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D.

² Visible a folio 8 de la carpeta 10

Pues bien, a folios 75 y 104 de la Carpeta 09 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 21/04/1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia³, dado que basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; pues obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Por lo anterior, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al demandante en el traslado que este realizó en el mes de abril de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso Porvenir S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los

³ Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

También debe recordarse, que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia**, y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, (SL 1688-2019), pues el estudio de casos como el que nos ocupa no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Con sustento en estos presupuestos, la Sala estima desacertada la conclusión del *A Quo* por cuanto abordó el estudio del caso a partir del régimen de las nulidades sustanciales cuando, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, y por ende resulta equivocado, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo brevemente expuesto se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado del señor Luis Eliseo Olaya García del RPM al RAIS, realizado a través de la AFP Horizonte – hoy **PORVENIR S.A.**, el 21 de abril de 1999 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

Esto que se dice, conlleva entonces, a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver a la administradora del R.P.M.P.D. **COLPENSIONES**, todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen, orden que será extensiva a **PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deberán devolverse por las AFP debidamente indexados; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras).

Así mismo se **ORDENARÁ** a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de Luis Eliseo Olaya García al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad, a recibir los valores devueltos por las AFP, y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

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

gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

PENSIÓN DE VEJEZ.

El demandante pretende, además de la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen, que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez, Así las cosas, se remite la Sala al artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que señala:

“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 1° 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 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 (...).”.

Del material probatorio allegado al plenario se extracta que el demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma trasunta, esto es, 62 años y más de 1300 semanas, pues nació el 2 de noviembre de 1960 (fl. 61 Archivo 01), por lo que cumplió la edad aludida el 2 de noviembre de 2020, así como alcanzó un total de **1.371,71** semanas cotizadas **a febrero del año 2021** (fls. 51 a 67 Carpeta 08).

De esta manera, resulta procedente el pago de una pensión de vejez, por lo que, para determinar la **fecha de reconocimiento** se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema del actor, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

De esta manera, y dado que conforme la historia laboral arribada al proceso, para la fecha de presentación de la demanda (año 2020) el actor estaba activo en el sistema y efectuando cotizaciones, e inclusive obsérvese que la última cotización que obra en el expediente data del mes de **febrero del 2021**⁴, fecha para la cual sumó 1.371,71 semanas, se impone concluir que, si bien la prestación se encuentra causada, el demandante no ha efectuado el acto del retiro del sistema, luego, se declarará el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos arriba indicados, **supeditado su disfrute a la desafiliación efectiva del sistema general de pensiones.**

Para el efecto deberá tener en cuenta COLPENSIONES que el actor acreditó más de 1.300 semanas al sistema, luego en la liquidación del I.B.L., en atención a lo dispuesto en el **artículo 21** de la Ley 100 de 1993, la prestación deberá liquidarse con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años, según resulte más favorable al demandante y teniendo en cuenta 13 mesadas al año conforme lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Así mismo se advertirá que la pensión de vejez se pagará por parte de COLPENSIONES una vez reciba la totalidad del

⁴ fls. 51 a 67 Carpeta 08

capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual. Lo dicho, por cuanto si bien se entiende que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, para el pago de la prestación y la sostenibilidad del sistema, se hace necesario que previamente se cuente con la totalidad de valores ordenados a través de esta providencia.

Ahora bien, en los relativo a los **intereses moratorios** solicitados, a los mismos no se accederá por cuanto a la fecha no se ha elevado una solicitud pensional con el lleno de los requisitos, en tanto que el demandante continúa efectuando aportes al sistema. No obstante lo anterior, una vez elevada solicitud de pensión de vejez y reportada la desafiliación del sistema, la entidad pensional tendrá un plazo de 4 meses para resolver la solicitud pensional⁵, tiempo después del cual, comenzarán a contar los intereses de mora hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En lo referente a **COSTAS**, se considera que hay lugar a su imposición, como quiera que el numeral primero del artículo 365 del C.G.P. establece que “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, por lo que al resultar vencidas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en primera instancia hay lugar a su imposición; de modo que, se impondrá condena por este concepto.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, por ser vencidas en juicio.

⁵ Artículo 19 Decreto 656 de 1994, sentencias de la Corte Constitucional SU-975 de 2003, T-237 de 2016, entre otras y artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

1.1. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de Luis Eliseo Olaya García del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR S.A. el día 21 de abril de 1999, así como el posterior realizado a Santander hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de septiembre de 2006 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

1.2. CONDENAR a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Luis Eliseo Olaya García y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen debidamente indexadas.

- 1.3. ORDENAR a PORVENIR S.A.**, a que proceda a devolver a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de gastos de administración y seguros provisionales descontó de la cuenta de ahorro individual del demandante, durante todo el tiempo que permaneció el actor en dicho fondo debidamente indexadas.
- 1.4. ORDENAR** a Colpensiones a recibir los valores enunciados en los literales 1.2 y 1.3. de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Luis Eliseo Olaya García al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.
- 1.5. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones planteadas por las accionadas.
- 1.6. DECLARAR** que Luis Eliseo Olaya García, tiene derecho a una pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a razón de 13 mesadas al año, cuyo disfrute iniciará luego de acreditada la desafiliación del sistema de pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
- 1.7.** La pensión de vejez indicada en el numeral 1.6 se pagará por parte de COLPENSIONES una vez reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual.
- 1.8.** No acceder a los intereses moratorios deprecados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11001310503820200006801

Demandante: LUIS ELISEO OLAYA GARCÍA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$350.000 a cargo de cada una de las demandadas esto es PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Luis Eliseo Olaya García
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2020-00068**-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c2570cce593b0392de58a567505435d35f08ff7a8bdbf0b830fda75d37b26e36**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS** promovió contra **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de madre de Alison Yulieth Forero Garzón, a partir del 25 de julio de 2017. Igualmente, solicita intereses moratorios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Alison Yulieth Forero Garzón, su hija, falleció el 25 de julio de 2017; **2)** Solicitó pensión de sobrevivientes, pero fue negada el 14 de marzo de 2018 con el argumento que no dependía económicamente de su hija; **3)** Miguel Antonio Forero Niño, el padre de la causante, también solicitó pensión de sobrevivientes, pero le fue negada; **4)** Miguel Antonio Forero Niño no convivía con la causante al momento de su deceso; y **5)** Su hija le colaboraba con el 50% de los gastos de la casa, pues labora en Casalimpia S.A., devengando el salario mínimo.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Mediante auto del 04 de mayo de 2021 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**, así como NO PRESENTADA LA INTERVENCIÓN de **MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO** (fls.120 y 121).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de octubre de 2021, dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que la actora, fue madre dependiente de la señora ALISON YULIETH FORERO GARZON, por lo que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 25 de Julio de 2017, a cargo de PORVENIR S.A., junto con los respectivos ajustes de ley.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar a la actora la pensión de sobrevivientes, a partir del 25 de julio de 2017, con sus respectivos ajustes legales y mesada adicional.

TERCERO: AUTORIZAR a PORVENIR S.A. a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud del retroactivo pensional reconocido a la actora.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar a la actora, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 26 marzo de 2018, hasta la fecha en que se realice el correspondiente pago del retroactivo pensional causado desde el 25 de julio de 2017.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones, pues no se presentaron, pues se tuvo por no contestada la demanda.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, así como cualquier solicitud que pudiere haber invocado MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.

SEPTIMO: COSTAS. En esta instancia a cargo de las PORVENIR S.A, S.A., y a favor del demandante. Fijese la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas se realice el pago de las mesadas pensionales causadas desde el 27 de junio de 2018.

En síntesis, refirió la A Quo, que al acaecer el fallecimiento de Alison Yulieth Forero Garzón el 25 de julio de 2017, el régimen pensional a aplicar es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; que la dependencia económica exigida de la madre hacia su hijo no debe ser total; que de la prueba testimonial y de la declaración extraprocesal de Ingrid Hernández, se logra determinar que la causante colabora en un 50% de los gastos del hogar a la actora, en lo que respecta a alimentación, transporte, vestuario, y vivienda, por demás que la hija fallecida no tenía una relación sentimental, y el salario de la demandante no permitía determinar que fuera autosuficiente; que no operó prescripción de ninguna de las mesadas pensionales, como quiera que la demanda se presentó el 05 de febrero de 2019, y la primera mesada a reconocer es del 25 de julio de 2017; y que hay lugar a intereses moratorios, pues no existían motivos para no acceder al reconocimiento de la prestación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PORVENIR S.A. manifestó que no está suficientemente acreditado que la actora dependía económicamente de su hija, no obstante, el dicho de los testigos fue de oídas, y quien debía conocer los hechos del proceso era la misma demandante, no obstante, no se declaró de oficio su interrogatorio; que los testigos fueron contradictorios, pues mientras alguno de ellos menciona que ayudaba con la mitad de los servicios, no sabía cuánto le daba, no existe prueba de la que se pueda determinar que los testigos tenían un conocimiento de los hechos producto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

de sus sentidos; que la demandante tenía su propio salario, era una persona independiente, autosuficiente, no era beneficiaria en salud de su hija fallecida, y tenía su propia vivienda; que una simple ayuda de un hijo que vive en su casa, no puede ser tomada como dependencia económica, máxime cuando vive en el mismo hogar que su madre; que es la aseguradora quien debe responder respecto de la suma que haga falta para completar el valor de la pensión, de manera que debió existir un ejercicio ponderable, más aún si no se verificó el menoscabo o detrimento como consecuencia de la muerte de la causante; que no hay lugar a intereses moratorios, empero, el simple hecho de que los testigos de oídas manifiesten que habían unos valores que la hija le otorgaba al causante, no quiere decir que haya lugar a la prestación; que aunado a lo anterior, no se observa una ayuda significativa a favor de la demandante por parte de la causante, pues no se conocen ni siquiera los gastos, sólo se refiere que había una colaboración por manutención, vivienda, y vestuario; que aunado a lo anterior, la causante apenas estaba empezando su vida laboral, tenía 21 años, por lo que, no es dable establecer la dependencia; y que no puede tenerse por certera la declaración extraprocesal de Ingrid Hernández, pues sí se solicitó su ratificación, y no acudió a juicio.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si está acreditado el requisito de la dependencia económica para considerar que la demandante era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su hija, Alison Yulieth Forero Garzón; y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento de la señora Alison Yulieth Forero Garzón **-25 de julio de 2017-** (fl. 13) la norma que gobierna el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que indican:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...) d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este”

En cuanto a la **dependencia económica**, es necesario precisar que el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha estado en armonía con lo expuesto en las sentencias del 05 de febrero de 2008, Rad. 30992, 03 de diciembre de 2014, Rad. 46892, y SL5292-2018, en la que se señaló que antes y después de la expedición del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado que ella traía sobre el requisito de dependencia económica *“de forma total y absoluta”*, dicha dependencia está concebida bajo el presupuesto de la **subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir**, lo que no descarta *“que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal”*.

Igualmente, en sentencias SL4811-2014 y SL14923-2014, respectivamente, la misma Corporación expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta la dependencia económica, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual dicha Corporación ha identificado dos condiciones: una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y dos, una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: **i)** debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; **ii)** la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y **iii)** las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente.

Al respecto, en sentencia SL4483-2021, se dijo:

“Como consecuencia de ello, resulta pertinente efectuar la calificación de la dependencia para lo cual, esta Sala ya ha establecido los parámetros que deben seguirse a efectos de establecer la existencia de dependencia económica de un afiliado o pensionado fallecido, partiendo de la premisa de que, si bien, **la dependencia no debe ser total y absoluta** la entrega de recursos a los familiares no puede ser tenida “como prueba determinante” de la dependencia, CSJ SL14539-2016. Esto implica que la colaboración económica por parte de un hijo a sus

padres, no establece una presunción de dependencia y, por lo tanto, debe verificarse la magnitud de dicho aporte.

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia CSJ SL14923-2014, y que se recuerdan:

a) La dependencia económica debe ser:

Cierta y no presunta:

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- **Regular y periódica**

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;

- **Significativas**, respecto al total de ingresos de beneficiarios

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

Y en decisión CSJ SL18980-2017, se reiteró que las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de los beneficiarios, de manera que se **constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de este; por lo que tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente**, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.

En consecuencia, los padres deberán, mediante los medios de convicción, acreditar además de: i) su imposibilidad de autosuficiencia en la generación de fuentes de ingresos, ii) la sujeción material a los ingresos del hijo fallecido al momento de la muerte del mismo”.

Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (sentencia del 04 de diciembre de 2013,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

Rad. 52770) y en cada situación en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso (sentencia del 19 de noviembre de 2013, Rad.44701).

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a: **i)** El parentesco entre la afiliada causante y la aquí demandante (fl.14); **ii)** El fallecimiento de Alison Yulieth Forero Garzón El 25 de julio de 2017 (fl.13) **iii)** Alison Yulieth Forero Garzón efectuó cotizaciones al sistema por 56,85 semanas, las cuales cotizó en los últimos tres años de vida (fls.63 a 65);; **iv)** Al momento del deceso de su hija, la demandante laboraba para Casalimpia S.A. devengando un salario de \$787.242 (fl.34); y **v)** La actora solicitó pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hija, no obstante, le fue negada el 14 de marzo de 2018 (fl.15).

Adicional a la prueba obrante a folios 13 a 41, y 61 a 84, comparecieron a rendir testimonio **María Romelia Duran Palma, María Yaneth Ordoñez y Dania Yiseth Quintero Garzón,** quienes manifestaron lo siguiente:

María Romelia Duran Palma dijo que conoce a la actora hace 20 años, pues era su amiga y vecina; que la demandante vivía en Bosa, y ella llegó al mismo barrio; que la actora también vivió Ciudad Verde con su hija Alison Forero; que conoció a la actora y a Alison Forero, cuando ésta tenía aproximadamente cinco o siete años, luego, terminó sus estudios, de ahí trabajó en una Fundación y en un call center; que la causante el 25 de julio de hace cuatro años, falleció, como consecuencia de un homicidio; que en ese momento la causante vivía con la actora; que en ese tiempo visitaba a la actora por la amistad que tenían, cada mes, y aunado a ello, trabajaba cerca de la actora, por lo que se veía todos los días con ella y venían en Transmilenio; que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

en ese tiempo la actora trabajaba para Casalimpia; que los gastos de la actora eran las cuotas del apartamento, servicios públicos, ropa, alimentación y el transporte; que los gastos que se tenían se repartía por mitad entre la actora y su hija, según lo que hablaba con ellas; que nunca acompañó a la actora y a su hija a hacer mercado, pagar servicios públicos, o a pagar la cuota del apartamento; que la actora y su hija devengaban el mínimo respectivamente; que todos los gastos los asumían la demandante y su hija por mitades; que la actora no vivía con sus otros hijos, porque cada uno tenía su hogar, y vivía del apoyo de Alison Forero; y que la actora se fue a vivir a Bosa y paga arriendo, no en su casa porque allá se dio la muerte a su hija.

Por su parte, **María Yaneth Ordoñez** señaló que conoce a la actora hace aproximadamente 45 años porque se criaron juntas y son amigas de toda la vida; que con la demandante tuvo contacto hasta los 20 años, después cada una continuó su vida, y se volvieron a encontrar cuando tenía 28 años, en 1991 aproximadamente; que la actora ya tenía a Johan y a Ingrid, sus dos primeros hijos; que en 1991, la demandante se acababa de separar del papá de Ingrid y de Johan, Jaime; que después de la separación con Jaime, la actora trabajó en lo que saliera, pagaba arriendo, y tiempo después, conoció al padre de la causante que se llama Miguel; que la causante nació más o menos en 1998; que en ese momento la actora no vivía con Miguel, la causante creció y estudio en el Colegio Carlos Albán Holguín, luego entró al Sena a hacer “un técnico”; que todo ese tiempo la causante vivió con la actora y sus hermanos; que cuando terminó el bachillerato siempre quiso trabajar para colaborarle a la mamá, trabajó en un Call Center, luego en una microempresa que estaba en Bosa, y posteriormente, con la hermana hacían turnos pegando unas piedras a unas camisetas en una empresa; que el último trabajo de la causante fue en un Call Center; y para tal época, vivía con su madre; que la demandante hace más o menos siete años con un subsidio, consiguió apartamento propio, en Ciudad Verde Soacha; al que se fue a vivir con su hija hoy

fallecida; que los gastos de la actora eran: la cuota del apartamento de \$145.000, por el beneficio que le dio el gobierno, sin embargo, la cuota se fue aumentando, también pagaban los servicios y la comida, por eso también el afán de la causante de colaborarle; que los gastos de la actora en el hogar eran más de \$600.000 o \$700.000; que la actora cuando vivió en el apartamento tenía trabajo, y ganaba un salario mínimo; que cree que la causante también ganaba el mínimo; que sabe que la actora y su hija siempre hacían una lista y de acuerdo a los ingresos que tenían se repartían, la demandante con su sueldo garantizaba pagar la cuota del apartamento y su hija le ayudaba con los servicios y la comida; que la actora con el dinero que ganaba a veces sí se compraba cosas para ella, pero no era mucho por los gastos que tenían; que los hijos de la accionante no le colaboraban mucho porque tenían sus responsabilidades y no vivían con ella, y el papá de la causante, escuchó, que en pocas ocasiones le entregaba algo de dinero a su hija; que la demandante y su hija compartían tiempo juntas y asumían los gastos las dos; que las amistades de la causante eran pocas, andaba mucho con su prima, Dania; que sabe que la causante le colaboraba a la demandante porque eran amigas y cuando las visitaba hablaban de cómo se organizaban con el dinero; que la actora convivió con sus hijos como hasta cinco años antes de la muerte de la causante; que después de que murió la causante, por la situación que pasó, la actora siguió pagando las cuotas, pero tuvo que retirarse del apartamento, pagando arriendo; que el arriendo de ese apartamento es complicado; y que la causante le daba a la actora aproximadamente \$350.000.

Finalmente, **Dania Yiseth Quintero Garzón** manifestó que la actora es su tía; que la causante laboró en una Fundación, donde arreglaba camisetas y también ayudaba con la parte administrativa, y después trabajó en un Call Center; que tenía comunicación frecuente con la causante, eran muy unidas y salían frecuentemente; que no sabe cuánto ganaba la causante, pero que le ayudaba a su tía con la mitad de los servicios,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

mercado, y con lo que le quedaba se compraba ropa o maquillaje; que en los últimos diez años, su prima y su tía vivieron en un apartamento en Bosa, pagaron arriendo hasta que se fueron a ciudad verde, en 2015- 2016; que el apartamento de ciudad verde su tía lo estaba pagando; que su tía trabajaba así que ella pagaba una parte de la cuota del apartamento, pero la pagaba con su prima por mitades; que sus primos Johan e Ingrid estaban aparte; que su tía le impuso colaborar con los gastos de la casa a su prima; que el apartamento de ciudad verde está en arriendo, pero su tía quería venderlo, le trae muy malos recuerdos; que su prima siempre aportó la mitad de sus ingresos, sin embargo, no sabe cuál es el valor exacto; que la causante le ayudaba a su tía, compraba su ropa; y que a veces las acompañaba a hacer mercado, y la causante aportaba la mitad.

Pues bien. Previo a evaluar el material probatorio, lo primero, que debe advertirse es que al tenerse por **no contestada** la demanda a PORVENIR S.A no es posible afirmar, como lo señala en la apelación la pasiva, que se solicitó la ratificación de la declaración extraprocesal rendida por Ingrid Hernández, por lo que a dicha declaración es viable asignarle valor probatorio; no obstante, para determinar su alcance su estudiará de forma integral con los demás testimonios, pues en tal declaración únicamente se señaló de forma muy general que la causante laboró con ella de enero a junio de 2017 (fl.32), recuérdese en todo caso que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite (sentencias del 02 de marzo de 2007, Rad. 27593, SL1133-2019 y SL4145-2019).

De igual manera, y en relación con el interrogatorio de parte a la demandante, al tenerse por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A., aunado a que estaba en cabeza del juzgador establecer si consideraba necesaria su práctica, también lo es que la posibilidad de decretar y practicar pruebas de oficio, no releva a las partes de las responsabilidades probatorias que les son propias, de tal suerte que siendo éstas las que deban acreditar un determinado punto, su inacción o deficiente conducta tendrán como consecuencia la falta de prueba del aspecto alegado, tal y como fue advertido en la sentencia SL3817-2020.

En todo caso, y si lo que pretendía la apoderada de la parte demandada era verificar los gastos de la accionante, ésta manifestó al momento de referir los fundamentos y razones de derecho, que los gastos eran los siguientes: 1. Gas, \$31.540; 2. Acueducto, \$73.390; 3. Crédito Consumo Colpatria, \$333.121; 4. Energía, \$18.730; 5. TV por cable, \$22.000; 6. Administración, \$55.000; 7. Mercado, \$300.000; 8. Cuota hipoteca apartamento, \$140.000; y 9. Vestuario/recreación, \$100.000 (fl.9), para un total de \$1'073.781; manifestación que además encuentra sustento en los correspondientes recibos de servicios públicos, TV por cable, Administración, y créditos obrantes a folio 18, 19, 22 a 25, 35 y 36, siendo razonable considerar que por mercado el grupo familiar de madre e hija se gastara un promedio de \$300.000 y por vestuario y/o recreación, \$100.000.

Aclarado lo anterior, y revisado el material probatorio, considera la Sala que se tiene por acreditado que la demandante dependía económicamente de su hija fallecida, pues conforme lo dicho por los testigos es dable extraer que el suministro de recursos que efectuaba Alison Yulieth Forero Garzón a su madre, no estaba únicamente en el campo de un socorro, por el contrario, era una ayuda real y efectiva, pues de su trabajo dependía el sostenimiento de tal hogar, dado que su aporte era alrededor de \$345.000 a \$369.000 (mitad del salario mínimo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

2016 y 2017), siendo los gastos de este, alrededor de \$1'073.781, como se señaló en precedencia, sin que el salario de la accionante fuera suficiente, como quiera que apenas devengaba \$782.242 según certificación de Casalimpia S.A. obrante a folio 34. Por tanto, la dependencia era cierta y no presunta, pese a que la actora apenas estaba empezando su vida laboral.

En este punto, se advierte que, a juicio de la Sala los testigos comparecientes ofrecen credibilidad, pues aunado a que no incurrieron en ningún tipo de contradicción, basan gran parte de sus declaraciones en el contacto cercano que cada una de éstas tenía con dicho núcleo familiar, y si bien María Romelia Duran Palma y María Yaneth Ordoñez señalaban que los gastos del hogar de la actora y su hija, les constaba por lo que ellas mismas comentaban, no es menos cierto que tenían conocimiento del trabajo que la hija de la causante desarrollaba, y que desde que salió de trabajar su intención fue siempre la de ayudar en los gastos de su hogar a su madre, por demás que la última testigo manifestó que le constaba la dependencia económica, por cuanto las visitaba y hablaban de cómo se organizaban con el dinero.

En suma, a la testigo Dania Yiseth Quintero Garzón no sólo le constan los hechos que declaró por cuanto hablaba con la demandante de la organización económica de su hogar, sino que además conoció de forma directa dicha situación, algunas veces acompañó a la actora y a su hija a hacer mercado y compartió con ellas en diferentes momentos, y observó que los gastos siempre fueron compartidos entre ellas; declaración que es propia de una persona que ostentaba la condición de familiar de éstas.

Del mismo modo, se observa que el aporte de la causante, era mensual, y consecuencia de su trabajo, por lo que es dable considerar que era regular y periódico.

Así mismo, y como quedó visto, el aporte de la causante constituía un verdadero soporte o sustento económico para la demandante, pues gracias a sus ingresos la demandante podía subsistir, y asumir las obligaciones que se tenían en el hogar, pues de lo contrario no se hubiera podido sufragar cada uno de estos. Igualmente, no se encuentra demostrado que la actora tuviera otros ingresos, o ingresos que fueran más representativos, pues sus demás hijos, no le efectuaban ningún tipo de colaboración. En consecuencia, es dable considerar que el aporte efectuado por la exánime resultaba significativo para el sostenimiento del hogar.

Así las cosas, considera la Sala que la demandante tenía una sujeción material a los ingresos de su hija fallecida al momento de la muerte de ésta, lo que permite establecer que dependía económicamente de ella, pues recuérdese, la dependencia de los padres no tiene que ser *“total y absoluta”*, pueden recibir ingresos de su propio trabajo, siempre y cuando ello no los convierta en autosuficientes.

INTERESES MORATORIOS.

Conforme las voces del artículo 1° de la Ley 717 de 2003, los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el sub examine, se observa que las razones que tuvo PORVENIR S.A. para negar la prestación fue una presunta falta de dependencia económica de la actora respecto de su hija fallecida; argumentos que, como quedó visto, no encuentran asidero en esta sentencia, pues conforme con lo anotado, el aporte que realizaba la demandante era significativo en contraste con las obligaciones existentes en el hogar que conformaban, por tanto, se considera acertada la decisión de la A Quo de imponer intereses moratorios.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00101-01
Demandante: **LUZ ESPERANZA GARZÓN CASALLAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A. Y MIGUEL ANTONIO FORERO NIÑO.**

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PROTECCIÓN.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Luz Esperanza Garzón Casallas
Demandado: AFP Porvenir SA
Radicación: 11001-31-05-**017-2019-00101**-01
Asunto: Apelación sentencia.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir, toda vez que considero que no había lugar a acceder a lo pretendido ni confirmar las condenas impuestas a la recurrente.

Lo anterior, por cuanto considero que la demandante no acreditó la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su hija, pues en criterio de la suscrita, del material probatorio allegado no es posible concluir la dependencia económica necesaria para tener esa calidad, requisito específico previsto en el lit. d) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, pues aunque el mismo no excluye la existencia de otras rentas o fuentes de recursos, propios, o provenientes de otras personas, la dependencia económica tampoco puede ser entendida como cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares, o aquella simple colaboración o contribución, incluso a los gastos propios, toda vez que esa no es la finalidad prevista en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, dicho sea de paso, es, básicamente, servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas, razón por la cual, es necesario establecer si se verifica una verdadera subordinación económica respecto al hijo que fallece, es decir, la necesidad irrefutable del aporte otorgado para sufragar los gastos propios del padre o madre del afiliado que fallece.

En este asunto, conforme al material probatorio se estableció que la causante de la prestación y su madre vivían en casa de propiedad de ésta; que ambas trabajaban y devengaban suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, contribuían a los gastos de manutención del hogar, en mayor proporción la madre, según el análisis de las declaraciones en armonía con lo manifestado desde la demanda por la parte actora, puesto que, como se concluye en las consideraciones de la decisión de la que me aparto, los gastos del hogar conformado por la demandante y la afiliada fallecida, eran de \$1.073.781 mensuales, de los cuales la contribución de la causante oscilaba entre \$345.000 y \$369.000, suma que máximo equivale al 34% del total de gastos determinado.

Conforme a lo anterior, atendiendo al monto total de los gastos del hogar, se reitera, conformado por dos personas, considero que cada una de ellas debía aportar para su sostenimiento propio la mitad de los mismos, esto es, una suma aproximada de \$537.000 que equivale al 50%, de ahí que en mi sentir, lo único que podía constituir un aporte económico de un miembro del hogar a la manutención del otro, era aquello que excediera esa proporción; empero, en este asunto se concluye que la causante ni siquiera aportaba el valor total al que ascendía su gasto propio, pese a que contribuía a generar los gastos totales a los que se está haciendo referencia, sin que se establezca en forma alguna que los de la hija fueran inferiores al 50% de total de los gastos generados en el hogar, y por el contrario, era la madre quien suplía en mayor proporción, solventando en aproximadamente un 16% lo que correspondía aportar a su hija.

Entonces, en criterio de la suscrita, el aporte proporcionado al hogar por la hija, no podía materialmente imputarse a los gastos propios de la madre, para predicar la dependencia económica de ésta con respecto a la afiliada fallecida, por el contrario, en mi sentir, incluso resultaba insuficiente su contribución para sufragar sus gastos propios, quien lógicamente debía aportar a los gastos de vivienda, servicios públicos, alimentación y demás que se generaban en el lugar en el que ella misma habitaba.

Son estas las razones por las que respetuosamente me aparto de la decisión, por cuanto considero que no se acreditó la dependencia económica requerida para el reconocimiento de la prestación.

Hasta aquí el planteamiento de mi salvamento de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d180fa9f27c74fd0273b9e0eb2585092098f342b899a52c2124de36d38cc635f**

Documento generado en 13/09/2022 08:43:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LILIA DE LÓPEZ DE RODRÍGUEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare que entre ella y el EDIFICIO REYES V Y VI-PROPIEDAD HORIZONTAL existió un contrato de trabajo desde el 12 de agosto de 1993; que el empleador fue omiso en el pago de los aportes a pensión de abril de 1994 a julio de 2000, y enero

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

de 2002 a septiembre de 2007; y que se deben tener los aludidos tiempos como en mora. Como consecuencia de lo anterior, solicita la inclusión de los periodos de abril de 1994 a julio de 2000, y enero de 2002 a septiembre de 2007 en la historia laboral de COLPENSIONES y/o el pago de cálculo actuarial a cargo de la propiedad horizontal y, en consecuencia, que COLPENSIONES proceda al reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir de la primera reclamación administrativa, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 10 de octubre de 1959; **2)** En la historia laboral de COLPENSIONES se reflejan 679,86 semanas, no obstante, no se avizoran los tiempos de abril de 1994 a julio de 2000, y enero de 2002 a septiembre de 2007 que fueron laborados al servicio del EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL, pese a que se encuentra vinculada laboralmente con ésta desde el 12 de agosto de 1993; **3)** En la copropiedad desempeñaba funciones de Auxiliar de Servicios Generales; **4)** Las cotizaciones del 01 de agosto de 2000 al 31 de diciembre de 2001 se realizaron por parte de la propiedad horizontal a través de P y G Soluciones, y a nombre propio desde el 01 de octubre de 2007; **5)** Pese a lo anterior, en la historia laboral se encuentran inconsistencias, pues no se reflejan las semanas de noviembre de 2007 a abril de 2008, marzo de 2013, septiembre de 2014, y marzo de 2018; **6)** Solicitó su pensión de vejez el 02 de diciembre de 2018, así como la corrección de tiempos de la historia laboral el 06 del mismo mes y año, radicando desprendibles de nómina; **7)** El 07 de diciembre de 2018, solicitó a su empleador los soportes de su cotización a seguridad social, no obstante, éste respondió el 13 de diciembre de 2018, señalando que su empleador era Sánchez Rivera Ltda. y P Y G Soluciones; **8)** El 14 de febrero de 2019, COLPENSIONES señaló respecto a la corrección de historia laboral que no se reportaron periodos hasta 1994, que entre enero de 1995 y julio de 2005 no se reportó cotización, y que entre enero de 2001 y septiembre de 2007, la actora estaba en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

un fondo privado, quien no trasladó tales tiempos; y **9)** Mediante Resolución SUB 58758 del 08 de marzo de 2019 se negó la pensión de vejez, no obstante, no se tuvieron en cuenta los tiempos requeridos en la demanda.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 215 a 218), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro pre jurídico y cálculo actuarial presuntivo, no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que procederá como lo determine el juez laboral, pues es la parte actora y su empleador quienes deben probar su respectiva relación laboral y contractual, para así determinar los periodos que se deben tener para efectos de corregir la historia laboral y, de ser el caso, reconocer la pensión de vejez.

EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL (fls. 223 a 227), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido y buena fe.

Aceptó que realizó aportes a seguridad social en pensiones de la actora desde el 01 de octubre de 2007; que el ciclo de marzo de 2018 no aparece en la historia laboral; y que el 07 de diciembre de 2018, la actora solicitó los aportes en cotización a seguridad social, lo que se respondió de forma negativa el 13 de diciembre de 2018. No aceptó más hechos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

Adujo que la copropiedad existe desde julio de 2007 y que se contrató a la trabajadora en octubre del mismo año; y que al parecer la actora laboró para la constructora de la propiedad horizontal con anterioridad a su vinculación en octubre de 2007.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de octubre de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, la A Quo refirió que, la personería jurídica del EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL fue inscrita en julio de 2006; que obran contratos de trabajo en los que se establece que durante los tiempos que la accionante alega existió mora de parte del EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL, estuvo vinculada con P Y G Soluciones Tributarias Cia Ltda.; que de la prueba testimonial no se logra extraer que la accionante estuviera vinculada a la propiedad horizontal aludida en los tiempos que se alega la omisión de los aportes a seguridad social, pues a ninguno les consta quién le impartía órdenes, y desconocen sus condiciones contractuales, por demás que conforme a la testigo María Fallón, la relación laboral inició en 2007; que existen comprobantes de pago de 1998 y 1999 que no están suscritos por ningún miembro de la copropiedad, por lo que, en tales condiciones no es dable imputarle la autoría a ésta; y que al no acreditarse los anteriores tiempos, no se logra demostrar 1300 semanas de cotización, de modo que, no es dable reconocer pensión de vejez.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La **parte actora** finca el recurso de alzada en que, si bien los desprendibles de pago no tienen firma, no fueron tachados ni desconocidos; que se está frente a una simulación del edificio, pues con los testigos se logra demostrar que se prestó el servicio

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

de forma personal y directa para la demandada; que quien más que el esposo de la actora para señalar que día a día, la actora prestaba sus servicios en el edificio demandado; y que nada se dice respecto de los aportes que se debieron pagar desde 2007, no obstante, el edificio pagó desde 2008.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLPENSIONES, y de la parte demandante, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si se encuentra acreditada la relación laboral entre la demandante y EDIFICIO REYES V Y VI-PROPIEDAD HORIZONTAL y, de ser el caso, si hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EXTREMOS TEMPORALES.

Para determinar si el carácter de la **vinculación es de naturaleza laboral**, se debe acreditar la existencia de los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

elementos característicos de un contrato de trabajo, (art 23 C.S.T) correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo (Art. 24 C.S.T) y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290; SL12872-2017, entre muchas otras.

DEL CASO CONCRETO.

No son motivo de controversia o se encuentran acreditados en juicio los siguientes hechos: **i)** Lilia López nació el 10 de octubre de 1959 (fl.22); **ii)** La demandante fue contratada por P Y G Soluciones Tributarias Cia Ltda. el 31 de diciembre de 2000 (fl. 35); **iii)** Al EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL se le otorgó personería jurídica el 27 de junio de 2006 mediante escritura pública N° 872 del 27 de junio de 2006 (fls.25 y 229 a 260); **iv)** El 05 de diciembre de 2018, la actora solicitó pensión de vejez ante COLPENSIONES, la que se negó mediante Resolución SUB 58758 del 08 de marzo de 2019 (fls. 194 a 199 y 206 a 210); **v)** El 06 de diciembre de 2018, la actora solicitó corrección de su historia laboral a COLPENSIONES, quien respondió de forma negativa el 11 de febrero de 2019 (fls. 189 a 193, 203 y 204); **vi)** El 21 de noviembre de 2018, solicitó ante al EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL suministrar los comprobantes de pago para que se efectuara la corrección de su historia laboral, lo que se negó el 12 de diciembre de 2008 (fls. 200 a 202); y **vii)** En la historia laboral de COLPENSIONES, la actora registra 834,14 semanas (fls. 301 a 305).

Adicional a las pruebas obrantes a folios 22 a 210, 228 a 266, 301 a 305, comparecieron al plenario en calidad de testigos **Sandra Marina López, Álvaro García Sánchez y María Clemencia Fallón Morales**, quienes manifestaron:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

Sandra Marina López dijo que conoce a la actora desde 1993, vivía dos casas antes del edificio demandado, y estuvo allí hasta hace dos años; que la actora hacía aseo en el edificio, la veía, la saludaba, y ya; que cuando llegó al barrio, febrero o marzo de 1993, la actora ya trabajaba ahí; que desconoce si la actora firmó contrato con el edificio, su salario, y si estuvo afiliada a seguridad social; que siempre vio a la actora, tenía un uniforme azul claro, hacía aseo, y estaba en dicho lugar, entre las 7:00 A.M.- 7:30 A.M, hasta las 5:00 P.M.; y que nunca vio que alguien le diera órdenes a la demandante.

Por su parte, **Álvaro García Sánchez** señaló que la actora es “*su señora desde 1997*”; que trabajaba al frente del edificio donde estaba la actora; que a la actora “*la distinguió*” desde 1994, pues trabajaba en el edificio demandado, haciendo aseo; que había trabajado en la torre VI, y luego, en otra torre, en la V; que eso era lo que le comentaba la actora; que a la demandante la vio en la torre VI desde 1994, como desde las 7:00 A.M.; que la actora ha trabajado de forma continua, y tenía un uniforme azul claro; que supone que el jefe de la demandante era el administrador; que la actora laboraba para los edificios como aseadora, trabajaba de martes a jueves, turnos de 24 horas, y los sábados, y que el resto descansaba; y que lo que le consta es porque veía a la actora casi a diario haciendo aseo, estaban en edificios cercanos.

Finalmente, **María Clemencia Fallón Morales** manifestó que conoce a la actora porque es propietaria desde 1992; que la actora trabaja desde 2007; que por varios problemas de legalización de la propiedad horizontal que hubo con la constructora, fue ésta la que se encargó del mantenimiento de la copropiedad; que en el año 2000, luego de varias querellas con la constructora, ésta dejó los apartamentos, y tuvieron que contratar empresas temporales para la vigilancia, y el aseo en Reyes VI lo hicieron los mismos propietarios; que con Reyes V

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

sólo hablaban para pagar luz y agua porque eran servicios comunes; que luego del deterioro "*tan tenaz*", en diciembre de 2005 se reunieron con Reyes V con la finalidad de generar conciencia que eran un solo edificio, y ahí tomaron la decisión de contratar personal; que a la actora la vio en 2001 con la propietaria del 401, le daban indicaciones de barrer el parque, porque la vista daba para allá y esa propietaria estaba obsesionada con eso; que en la asamblea que se hizo en marzo de 2007, la señora del 401 recomendó que se contratara a la actora; que a la actora se le afilió a seguridad social, y se le pagó aportes; que antes de 2006, en Reyes V, habían personas que ejercían liderazgo, no había administrador; que la actora en esa época con quien se trataba era con la propietaria del 401, le barría el parque, le hacía mandados, la escalera; que el parque no es de la propiedad horizontal, colinda únicamente, pero supone que la propietaria del 401 lo quería ver limpio; que el edificio le indicó a la señora del 401 que eso estaba mal y que no se debían adelantar esas funciones por la actora; que luego que se contrató a la actora, se organizó para que hiciera el aseo en los diferentes edificios; que la actora estuvo mediante contrato de trabajo; que el apartamento 401 era de Reyes V; que tuvieron relación con P Y G Soluciones Tributarias Cia Ltda.; y que la propietaria del 401 nunca fue administradora ni vocera de los copropietarios.

Pues bien. Evaluado el material probatorio arrimado al proceso, lo primero que la Sala advierte es que al señalar el señor Álvaro García Sánchez la condición de pareja sentimental de la demandante, su testimonio contrario a lo indicado por la impugnante, fue estudiado por tal razón con mayor rigurosidad, en todo caso para su apreciación se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento.

Ahora bien, solicita la demandante se declare un contrato de trabajo desde el **12 de agosto de 1993**, no obstante, los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

testigos que arrimó al proceso esto es, **Sandra Marina López y Álvaro García Sánchez** resultan insuficientes para determinar la existencia de un contrato de trabajo desde tal fecha, pues a ninguno le consta a favor de quién prestaba sus servicios la demandante desde la calenda pretendida; en efecto, cada uno de ellos menciona que la veían ingresar y salir del edificio, que la veían haciendo funciones de aseo; sin embargo, ninguno de ellos, conoce de forma directa si tal servicio se prestaba a favor de algún residente, de un tercero (como la constructora o un tercero contratado por ésta) o de la copropiedad, pues desconocen qué persona impartía órdenes, por demás que creen o parten del supuesto, que quien desplegaba las mismas, era el administrador.

Lo anterior, cobra mayor relevancia, si se tiene en cuenta que según historia laboral de COLPENSIONES, a la demandante le efectuó cotizaciones a pensión del 12 de agosto de 1993 al 11 de abril de 1994, la sociedad Sánchez Rivera Ltda. (fls. 300 a 305), persona jurídica ajena a la demandada o de la que por lo no menos, no se logró acreditar ningún tipo de nexo contractual, pues ninguno de los testigos hizo mención de éste.

No obstante lo dicho, las probanzas arrimadas le permiten a Sala considerar que entre el **01 enero de 1998 y el 15 de agosto de 2000**, que la accionante prestó servicios a favor de edificio demandado, pues si bien la copropiedad demandada gozó de personería jurídica sólo mediante escritura pública N° 872 del 27 de junio de 2006 (fls.25 y 229 a 260), lo cierto es que conforme a lo expuesto en **interrogatorio de parte**, y por la testigo **María Clemencia Fallón Morales** es dable deducir su existencia desde 1992, así como la existencia de los problemas comunales entre el Edificio Reyes V y el Edificio Reyes VI, pese a hacer parte de una misma copropiedad. Por tanto, y en consideración a lo expuesto por dichas declarantes, en consonancia por lo señalado por Sandra Marina López y Álvaro García Sánchez, así como los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

desprendibles de pago de folios 41 a 63, resulta posible afirmar una relación laboral por el lapso aludido.

A la anterior conclusión se arriba, dado que los comprobantes de pago de folios 41 a 63, aparecen a nombre del Edificio Reyes V, Edificios Reyes V y VI, la mayoría gozan de firma, y no fueron desconocidos por la demandada; documentos que fueron estudiados en conjunto con el interrogatorio de parte de la demandada y los testigos comparecientes, como quedó visto.

Por otra parte, y en cuanto a los tiempos del **16 de agosto de 2000 al 30 de septiembre de 2007**, debe concluirse que no se tiene certeza de la existencia durante dicho lapso de una relación laboral entre las partes, pues aunado a que los testigos Sandra Marina López y Álvaro García Sánchez resultan insuficientes para determinar la existencia de un contrato de trabajo durante el periodo aludido, por las mismas razones expuestas para el periodo anterior al 01 de enero de 1998, la demandante durante dicho lapso fue contratada por P y G Soluciones Tributarias Cia Ltda. el 31 de diciembre de 2000 mediante contrato de trabajo (fl. 35); los comprobantes de pago de folios 64 a 77 aparecen a nombre de tal razón social; y la accionante en el hecho 7 de la demanda señaló que, *“por el periodo del 01/08/2000 al 31/12/2000, el empedador (sic) realizó efectivamente las cotizaciones, mediante la razón social P y G Soluciones, empresa con la que contrató la administración de la propiedad horizontal”* (fl.4); sin embargo, no se logró acreditar ningún tipo de nexo entre dicha persona jurídica y el EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL.

Aunado a ello, la testigo María Clemencia Fallón Morales señaló que conoció a la actora en 2001, ya que le prestaba servicios de aseo a la propietaria del apartamento 401, misma persona que la recomendaría con posterioridad a la copropiedad; que la actora efectuaba limpieza del parque que colindaba con el apartamento 401 en cumplimiento de las órdenes de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

propietaria de este; y que atendida la recomendación aludida para que la actora ingresara a trabajar en 2007.

Así mismo, los comprobantes de pago de folios 78 a 188, no se encuentran suscritos, por lo que, no es dable atribuir su autoría a la propiedad horizontal aquí demandada, pues la firma del documento es el elemento que le indica al juez, o, en general a cualquier persona, que un escrito, impreso, plano, dibujo etc., tiene un autor cierto. Al respecto, recuérdese que si bien el artículo 269 del c.p.c fue derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, lo cierto es que los documentos sin firma carecen de validez de conformidad con lo expuesto en la sentencia SL4824-2020 que reiteró las SL13696-2016, y SL17403-2017, última providencia en la se precisó: *“advierte la Sala que documentos como el de folio 50, que menciona la censura como inapreciado, no están firmados o manuscritos por la parte contra quien se oponen y pudiera indicar que provienen de la enjuiciada, por manera que carecen de mérito probatorio, en virtud de lo normado por el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral en los términos del artículo 145 del procesal del trabajo”.*

Corolario de lo dicho, únicamente es dable tener en cuenta el periodo de prestación de servicio acreditado en el plenario, comprendido entre el **01 enero de 1998 al 15 de agosto de 2000**, motivo por el que se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** la sentencia, y en su lugar se CONDENARÁ al EDIFICIO REYES V Y VI-PROPIEDAD HORIZONTAL, al reconocimiento de los aportes a pensión durante dicho periodo, para lo cual se deberá efectuar el pago del correspondiente cálculo actuarial, el que se deberá liquidar teniendo como salarios el mínimo legal vigente para cada una de las anualidades del periodo aludido.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

PENSIÓN DE VEJEZ.

Como consecuencia de la anterior condena, resulta necesario verificar si se causa la pensión de vejez deprecada por la accionante, por lo que se hace necesario remitirse al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que establece que para que haya lugar a pensión se deben acreditar 57 años de edad para la mujer, y 1300 semanas de cotización; la norma en mención establece:

“ARTICULO 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 1° 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 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a **1.300 semanas en el año 2015 (...)**”. Negrillas por la Sala.

Igualmente, y en cuanto al requisito de semanas, resulta pertinente hacer alusión a la diferencia entre la **mora** y la **falta de afiliación** por parte de un empleador. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia explicó en sentencia SL1078-2021 reiterada en la SL205-2022, que en la primera situación –esto es, la mora –, la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que la segunda situación, se presenta cuando existen omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, caso en el que se ha establecido que deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, **se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente**, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias citadas, en providencia anterior, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802,”. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, la falta de afiliación u omisión de reporte de ingreso del trabajador por parte de su empleador, si bien no genera la pérdida del derecho a la pensión, solo es dable incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del **cálculo actuarial** representado por un bono o título pensional; ello como quiera que no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de tales aportes, en tanto desconoce el hecho generador de la cotización, lo que no permite que adelante las acciones de cobro contra los empleadores omisos, por cuanto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

era ajena a la existencia de la relación de trabajo (al respecto se puede consultar las sentencias SL3609-2021, SL3845-2021, SL1506-2021, y SL5058-2020).

Así las cosas, y dado que en la historia laboral de COLPENSIONES se reflejan **834,14** semanas, que sumadas a la condena impuesta por cálculo actuarial por el periodo del 01 enero de 1998 y el 15 de agosto de 2000 que equivale a 135 semanas, se tiene que la accionante apenas alcanza **969,14 semanas**, las que son insuficientes para el reconocimiento prestacional.

Finalmente, se aclara que las pretensiones versaron sobre la inclusión de los periodos de abril de 1994 a julio de 2000, y enero de 2002 a septiembre de 2007, por lo que nada se pretendió respecto de los aportes causados a partir de octubre de 2007. En todo caso, y en gracia de discusión, se avizora que si bien la cotización de octubre de 2007 se efectuó de manera tardía, pues su pago se realizó el 07 de mayo de 2008, lo cierto es que con tal acto se registró la correspondiente afiliación desde tal data, tal y como da cuenta la historia laboral obrante a folios 27 a 34. Lo dicho, pues la historia laboral aludida da cuenta que EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL registra afiliación desde octubre de 2007.

En ese orden de ideas, los tiempos no pagados a partir de tal momento, podrían equivaler a mora, y como consecuencia, al no avizorarse los tiempos de octubre de 2007 a abril de 2008, y al aparecer de forma incompleta los tiempos de junio y diciembre de 2008, y marzo a mayo de 2009, pues se reportaron 30 días por parte del empleador y únicamente se tuvieron 29, se alcanzarían 27 semanas más, y en consecuencia un máximo de **996,14 semanas**; tiempo igualmente insuficiente para reconocer la pensión de vejez.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

Por tanto, y adicionalmente, como tiempos en mora posibles de cobrar por parte de COLPENSIONES se tendrían los de noviembre de 2007 a abril de 2008, así como un cuatros días de octubre de 2007, y; con lo que se alcanzaría 27 semanas más, y en consecuencia un máximo de **996,14 semanas**; tiempo igualmente insuficiente para reconocer la pensión de vejez.

Por sustracción de materia no se hace necesario efectuar pronunciamiento sobre los intereses moratorios y la indexación.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. CONDENAR al EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar a favor de LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ los aportes a pensión del periodo del 01 enero de 1998 y el 15 de agosto de 2000, para lo cual se deberá efectuar el pago del correspondiente cálculo actuarial que disponga COLPENSIONES, el que se deberá liquidar teniendo como salarios el mínimo legal vigente para cada una de las anualidades del periodo aludido.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00346 -01
Demandante: **LILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y EDIFICIO REYES V Y VI-
PROPIEDAD HORIZONTAL.**

B. ABSOLVER al EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL de las demás pretensiones incoadas en su contra.

C. ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias a cargo del EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$350.000 a cargo del EDIFICIO REYES V Y VI- PROPIEDAD HORIZONTAL.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **RENATE BIELA LANGE** promovió contra **PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, a partir del 21 de noviembre de 2000. Igualmente, solicita intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Carlos Luis Ardila Cadena falleció el 21 de

noviembre de 2000; **2)** Contrajo nupcias con el señor Ardila Cadena el 18 de julio de 1981, fecha desde la que convivió con él hasta su fallecimiento; **3)** Procreó con el señor Ardila Cadena tres hijos; **4)** El señor Ardila Cadena tenía más de 26 semanas de cotizaciones dentro del año inmediatamente anterior a su fallecimiento, así como 150 semanas dentro de los seis años anteriores a su deceso; **5)** Solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, no obstante, se negó mediante comunicación del 27 de junio de 2001, reconociéndose devolución de saldos; **6)** El 27 de mayo de 2019 solicitó nuevamente la pensión, reiterándose la negativa el 06 de junio del mismo año.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PORVENIR S.A. (fls. 85 a 90), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción, buena fe, y la innominada o genérica.

Manifestó que la norma aplicable es la del deceso del causante, esto es, la Ley 100 de 1993 en su redacción original, la que exige un mínimo de 26 semanas dentro del año inmediato anterior, no obstante, en dicho lapso sólo se acredita cuatro semanas.

2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

PORVENIR S.A. llamó en garantía a **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** (fls. 72 y 73), quien propuso como excepciones de mérito las de pago- inexistencia de obligación, inexistencia del régimen de transición- inaplicabilidad de la condición más beneficiosa, improcedencia de a condena a lo accesorio, y otras excepciones (fls. 121 a 124).

Señaló que a la fecha del deceso del causante no se contaba con 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior; que el contrato de seguro sólo ampara a los afiliados en los casos que fuera necesario cubrir una parte del capital necesario para financiar una pensión de invalidez o sobrevivencia; y que el Acuerdo 049 de 1990 no es aplicable a fondos privados, por lo que, no podría acudir a la figura de la condición más beneficiosa.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de septiembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió la A Quo, que no existe duda respecto de la calidad de beneficiaria de la accionante, pues se acreditó una convivencia mayor de cinco años con el causante, conforme prueba testimonial; que al fallecer el exánime el 21 de noviembre de 2000, la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 en su redacción original, la que exige como requisito un mínimo de 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior, no obstante, únicamente demostró, cuatro; que es dable aplicar el principio de la condición más beneficiosa, incluso si se estuvo afiliado en un fondo privado; pero que el causante al 01 de abril de 1994 tan solo contaba con 99,14 semanas, tiempo insuficiente para reconocer la prestación conforme a las directrices de la norma aludida, pues para tal data debía tener 150 o 300 semanas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que se encuentra certificación laboral del Hospital Psiquiátrico San Camilo en el que se da cuenta el tiempo de vinculación, y los tiempos en que se efectuaron los correspondientes pagos; que los periodos que se tuvieron en cuenta la historia laboral son diferentes a los

certificados; que de lo anterior, se podía deprecar que existió una mora del aludido hospital; y que aunado a lo anterior, es dable dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, pues de la aludida certificación se puede establecer que el actor acredita más de 300 semanas de cotización.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de PORVENIR S.A. y la parte actora, para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el causante dejó acreditado en favor de su beneficiaria el derecho a la pensión de sobrevivientes, concretamente, si se acreditó en el proceso el cumplimiento del requisito de veintiséis (26) semanas de cotización dentro del año inmediatamente anterior a su deceso; en caso positivo se determinará la fecha de reconocimiento, el valor de la mesada, si operó la excepción de prescripción, y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Carlos Luis Ardila Cadena -**21 de noviembre de 2000**- (fl. 17) la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, que indica:

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

En cuanto a la **convivencia** exigida al reclamante de la prestación, es necesario precisar que en sentencia SL1730-2020, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, estableciéndose que aquella sólo se fija para el caso de los pensionados. Frente al punto ha de precisarse que si bien dicha

decisión fue modificada en virtud de la SU-149 de 2021, también es oportuno señalar que, en la misma decisión de reemplazo -SL 4318 de 2021-, la Sala de Casación Laboral recordó que las sentencias tomadas en virtud de un estudio de constitucionalidad tienen fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335- 2008 y C-539-2011); mientras que las sentencias de tutela, aunque también tienen fuerza vinculante, le permiten al juez apartarse de sus postulados, siempre que se cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU- 611 de 2017) y que por lo anterior, se mantenía la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la H. Corte Constitucional por considerar que dicho criterio jurisprudencial resulta completamente razonable, ajustado al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional.

Por otra parte, es necesario rememorar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del 29 de noviembre de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

En cuanto al **requisito de semanas**, resulta pertinente hacer alusión a la diferencia entre los conceptos de **mora** y la

falta de afiliación por parte de un empleador. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia explicó en sentencia SL1078-2021 reiterada en la SL205-2022, que en la primera de las situaciones –esto es la mora –, la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que la segunda –falta de afiliación–, se presenta cuando existen omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, caso en el que se ha establecido que deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, **se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente**, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias citadas, en providencia anterior, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802,”. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, la falta de afiliación u omisión de reporte de ingreso del trabajador por parte de su empleador, si bien no genera la pérdida del derecho a la pensión, solo es dable incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del **cálculo actuarial** representado por un bono o título pensional; ello como quiera que no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de tales aportes, en tanto desconoce el hecho generador de la cotización, lo que no permite que adelante las acciones de cobro contra los empleadores omisos, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo (al respecto se puede consultar las sentencias SL3609-2021, SL3845-2021, SL1506-2021, y SL5058-2020).

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** El matrimonio celebrado entre la actora y Carlos Luis Ardila Cadena el 18 de julio de 1981 (fl.18); **ii)** El fallecimiento del **afiliado** Carlos Luis Ardila Cadena el 21 de noviembre de 2000 (fl.17); **iii)** La procreación de tres hijos entre la demandante y el causante, Gabriela, Federico, y Rosana Ardila Biela (fls. 21 a 23); **iv)** El causante se trasladó del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, a través de la A.F.P PORVENIR S.A., el 20 de mayo de 1999 (fl.91); **v)** La negativa de reconocer la pensión de sobrevivientes el 15 de marzo de 2007, y el reconocimiento del 50% de la devolución de saldos a favor de la actora el 02 de mayo de 2008 (fls.40 y 41); y **vi)** La solicitud del derecho pensional el 27 de mayo de 2019, así como la negativa mediante comunicación del 06 de junio de 2019 (fls. 31 a 39).

Igualmente, al proceso comparecieron a rendir testimonio **Sonia Pedraza y Luis Eduardo Valdivieso Barco**, quienes manifestaron lo siguiente:

Sonia Pedraza señaló que trabajó en la clínica donde trabajaba la actora, a quien conoció hace 32 años; que conoce al causante, pues éste también trabajaba en la aludida clínica, en la que por demás era socio y médico; que la actora y el causante eran esposos, desde que los conoció en 1989- 1990, ya tenían dicha relación; que dicha pareja tenía tres hijos, siempre llegaban a laborar juntos e iban en el mismo carro; que la actora y su esposo convivieron hasta el día en que éste falleció; que visitó a la pareja en la casa donde vivían en Bucaramanga, lugar donde vivían ambos con los hijos; y que la pareja no se separó nunca; que no conoció a nadie distinto a la actora que hiciera vida marital con el causante.

Por su parte, **Luis Eduardo Valdivieso Barco** dijo que conoció a la actora porque era la esposa del causante, quien fue su compañero de colegio, de universidad, y con quien convivió algunos años en un apartamento; que se graduaron del colegio en 1970; que estuvo en el matrimonio de la pareja, y visitó su casa varias veces; que siempre mantuvo contacto con la pareja por la cercanía que mantenía con el exánime, compartiendo reuniones en casa de ellos, y con un grupo de amigos del colegio; que siguen compartiendo con la actora y sus hijos; y que nunca hubo una separación entre la pareja, el causante era muy serio.

Pues bien. Revisado el material probatorio se tiene que el señor Ardila Cadena falleció ostentando el status de **afiliado**, encontrándose conforme a la testimonial narrada que está acreditada **la convivencia** en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020, esto es, una conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia real y efectiva, y que se encontraba vigente para el momento de su muerte, pues según los testigos Sonia Pedraza y Luis Eduardo Valdivieso Barco – declaraciones que la sala encuentra contestes, lógicas e hilvanadas, y de las que se desprenden las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que conocieron de los hechos

narrados – el causante vivió con la señora Biela Lange un mínimo de 32 años, procrearon tres hijos, nunca se separaron, se prestaron ayuda mutua, solidaridad, y compartieron techo, lecho y mesa. En todo caso, por iguales razones también se encuentran acreditados los cinco años de convivencia requeridos por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 2021.

Por otra parte, y en relación con las semanas acreditadas ante el sistema de pensiones, , la Sala advierte con nítida claridad que desde el 27 de junio de 1994, **el causante fue afiliado** ante el entonces Instituto de Seguros Sociales como empleado del Hospital Psiquiátrico San Camilo (fls.25 a 27), (véase que desde marzo de 1.982 efectuaba cotizaciones al ISS, teniendo como primer empleador a la Universidad Javeriana) Hospital que además certificó que el causante prestó sus servicios para dicha entidad incluso desde mayo del año 1.984, y que en época anterior a la afiliación al I.S.S., hoy COLPENSIONES y hasta el 26 de junio de 1.994, asumió la prestación al tener una caja de previsión para ello: Fondo Territorial de pensiones, (fl 24).

Pues bien, cotejada la información contenida en la historia laboral expedida por COLPENSIONES, con el certificado laboral expedido por el empleador así como el reporte de cotizaciones efectuadas a PORVENIR SA (Fl 29-30) se evidencia que desde marzo de 1.982 el causante Carlos Luis Ardila Cadena se encontraba afiliado al Sistema General de Pensiones y que desde junio de 1.994 se reportó **afiliación** por parte del empleador Hospital Psiquiátrico San Camilo, empleador que registró cotizaciones discontinuas a favor del actor, primero al régimen de prima media y luego al régimen de ahorro individual hasta el mes de marzo del año 2000, sin evidenciarse -antes del fallecimiento de aquél - algún reporte o novedad de retiro por parte del empleador; luego, al no verse reflejado en su historia laboral la totalidad tales tiempos, lo que refulge nítido es que el empleador incurrió en mora por los periodos que no pagó, y en

consecuencia lo que se seguía era que el fondo privado ejecutara las acciones de cobro de ley, - acciones que no se verifica se hubieren adelantado- y no que negara la prestación solicitada por la cónyuge y los hijos menores del causante pues de antaño nuestra jurisprudencia de cierre ha adoctrinado, con inmodificable persistencia, que la mora del empleador y la omisión del fondo en efectuar los respectivos cobros coactivos no puede ser atribuida o cargada al afiliado a sus beneficiarios.

Así las cosas, y dado que el causante falleció el 21 de noviembre de 2000, se tienen los tiempos que cotizó en el año inmediatamente anterior -21 de noviembre de 1999-, encontrando que durante tal lapso alcanza un total de **26,43** semanas - 21 de noviembre de 1999 al 25 de mayo de 2000; por lo que, ciertamente le asiste razón al impugnante, y en consideración a ello, hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de su cónyuge supérstite.

En consecuencia, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia al evidenciar la causación del derecho y se procederá a determinar la fecha de reconocimiento de la prestación, si operó el fenómeno prescriptivo, si hay lugar a catorce mesadas, y la procedencia de intereses moratorios.

En cuanto a la **fecha de reconocimiento**, se tiene que el deceso del causante aconteció el 21 de noviembre de 2000, por lo que es a partir de dicha fecha que se debe reconocer la prestación, no obstante atendiendo a la excepción de **prescripción** formulada por la pasiva se tiene que es la misma demandante quien afirmó que solicitó pensión de sobrevivientes y que se negó el 27 de junio de 2001 (hecho 8- fl.5), y que en el plenario obra una segunda reclamación que se resolvió el 15 de marzo de 2007, así como una tercera, que se elevó el 27 de mayo de 2019 (fls.31 a 38).

En consecuencia, dado que no se demandó dentro de los tres años siguientes a las reclamaciones que fueron resueltas el 27 de junio de 2001 y 15 de marzo de 2007, se tendrá que se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con anterioridad al **27 de mayo de 2016** con la petición del mismo día y mes de 2019; recuérdese que conforme a criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia SL512-2021 *“Conforme lo tiene de tiempo atrás decantado la jurisprudencia el derecho pensional es imprescriptible, por el contrario, las mesadas pensionales, por ser prestaciones periódicas de tracto sucesivo que se causan por mesadas, sí están sometidas a la prescripción trienal, en tanto que, siendo exigibles no hayan sido objeto de reclamación durante el término prescriptivo común aplicable en el derecho social, en los términos del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”*; y en sentencia SL1052-2021, *“Vale la pena en este punto anotar, que cuando se trata de una prestación periódica, el lapso se debe contabilizar con respecto a cada una de las que se causen sucesivamente, existiendo la posibilidad de reclamar por cada una individual y sucesivamente”*.

En igual sentido en sentencia SL794-2013:

“la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente”.

En cuanto al reconocimiento de **catorce mesadas**, la Sala considera al causarse la pensión con el fallecimiento del señor

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-000460-01
Demandante: **RENATE BIELA LANGE.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

Ardila Cadena, el 21 de noviembre de 2000, esto es, antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, (norma que suprimió tal beneficio), es dable su reconocimiento en el caso de marras.

Ahora, y en cuanto al **valor de la mesada pensional**, observa la Sala que teniendo en cuenta la totalidad de los tiempos laborados por el causante tanto en la Universidad Javeriana del 10 de marzo de 1982 al 01 de febrero de 1984, y en la E.S.E. Hospital Psiquiátrico San Camilo entre el 07 de mayo de 1984 al 25 de mayo de 2000, se alcanza 940,71 semanas cotizadas, por lo que, únicamente sería dable liquidar la prestación con el promedio de los últimos diez años de cotización al no alcanzarse 1250 semanas. Así mismo, se liquidará la prestación, teniendo en cuenta el salario mínimo para los periodos que no se encuentre demostrado el correspondiente I.B.C., conforme las siguientes operaciones de rigor:

				Año 1990			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
21/06/90	30/06/90	10	41.025,00	1.367,50	\$ 13.675,00		
01/07/90	31/07/90	31	41.025,00	1.367,50	\$ 42.392,50		
01/08/90	31/08/90	31	41.025,00	1.367,50	\$ 42.392,50		
01/09/90	30/09/90	30	41.025,00	1.367,50	\$ 41.025,00		
01/10/90	31/10/90	31	41.025,00	1.367,50	\$ 42.392,50		
01/11/90	30/11/90	30	41.025,00	1.367,50	\$ 41.025,00		
01/12/90	31/12/90	31	41.025,00	1.367,50	\$ 42.392,50		
Total días		194			\$ 265.295,00	\$ 1.367,50	\$ 41.025,00

				Año 1991			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	51.716,00	1.723,87	\$ 53.439,87		
01/02/91	28/02/91	28	51.716,00	1.723,87	\$ 48.268,27		
01/03/91	31/03/91	31	51.716,00	1.723,87	\$ 53.439,87		
01/04/91	30/04/91	30	51.716,00	1.723,87	\$ 51.716,00		
01/05/91	31/05/91	31	51.716,00	1.723,87	\$ 53.439,87		
01/06/91	30/06/91	30	51.716,00	1.723,87	\$ 51.716,00		
01/07/91	31/07/91	31	51.716,00	1.723,87	\$ 53.439,87		
01/08/91	31/08/91	31	51.716,00	1.723,87	\$ 53.439,87		
01/09/91	30/09/91	30	51.716,00	1.723,87	\$ 51.716,00		
01/10/91	31/10/91	31	51.716,00	1.723,87	\$ 53.439,87		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-000460-01
Demandante: **RENATE BIELA LANGE.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

01/11/91	30/11/91	30	51.716,00	1.723,87	\$ 51.716,00		
01/12/91	31/12/91	31	51.716,00	1.723,87	\$ 53.439,87		
Total días		365			\$ 629.211,33	\$ 1.723,87	\$ 51.716,00

				Año 1992			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	65.190,00	2.173,00	\$ 67.363,00		
01/02/92	29/02/92	29	65.190,00	2.173,00	\$ 63.017,00		
01/03/92	31/03/92	31	65.190,00	2.173,00	\$ 67.363,00		
01/04/92	30/04/92	30	65.190,00	2.173,00	\$ 65.190,00		
01/05/92	31/05/92	31	65.190,00	2.173,00	\$ 67.363,00		
01/06/92	30/06/92	30	65.190,00	2.173,00	\$ 65.190,00		
01/07/92	31/07/92	31	65.190,00	2.173,00	\$ 67.363,00		
01/08/92	31/08/92	31	65.190,00	2.173,00	\$ 67.363,00		
01/09/92	30/09/92	30	65.190,00	2.173,00	\$ 65.190,00		
01/10/92	31/10/92	31	65.190,00	2.173,00	\$ 67.363,00		
01/11/92	30/11/92	30	65.190,00	2.173,00	\$ 65.190,00		
01/12/92	31/12/92	31	65.190,00	2.173,00	\$ 67.363,00		
Total días		366			\$ 795.318,00	\$ 2.173,00	\$ 65.190,00

				Año 1993			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	81.510,00	2.717,00	\$ 84.227,00		
01/02/93	28/02/93	28	81.510,00	2.717,00	\$ 76.076,00		
01/03/93	31/03/93	31	81.510,00	2.717,00	\$ 84.227,00		
01/04/93	30/04/93	30	81.510,00	2.717,00	\$ 81.510,00		
01/05/93	31/05/93	31	81.510,00	2.717,00	\$ 84.227,00		
01/06/93	30/06/93	30	81.510,00	2.717,00	\$ 81.510,00		
01/07/93	31/07/93	31	81.510,00	2.717,00	\$ 84.227,00		
01/08/93	31/08/93	31	81.510,00	2.717,00	\$ 84.227,00		
01/09/93	30/09/93	30	81.510,00	2.717,00	\$ 81.510,00		
01/10/93	31/10/93	31	81.510,00	2.717,00	\$ 84.227,00		
01/11/93	30/11/93	30	81.510,00	2.717,00	\$ 81.510,00		
01/12/93	31/12/93	31	81.510,00	2.717,00	\$ 84.227,00		
Total días		365			\$ 991.705,00	\$ 2.717,00	\$ 81.510,00

				Año 1994			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/02/94	28/02/94	28	98.700,00	3.290,00	\$ 92.120,00		
01/03/94	31/03/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/04/94	30/04/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/05/94	31/05/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/06/94	30/06/94	30	135.107,47	4.503,58	\$ 135.107,47		
01/07/94	31/07/94	31	371.756,00	12.391,87	\$ 384.147,87		
01/08/94	31/08/94	31	371.756,00	12.391,87	\$ 384.147,87		
01/09/94	30/09/94	30	371.756,00	12.391,87	\$ 371.756,00		
01/10/94	31/10/94	31	371.756,00	12.391,87	\$ 384.147,87		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-000460-01
Demandante: **RENATE BIELA LANGE.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

01/11/94	30/11/94	30	371.756,00	12.391,87	\$ 371.756,00		
01/12/94	31/12/94	31	371.756,00	12.391,87	\$ 384.147,87		
Total días		365			\$ 2.912.000,93	\$ 7.978,08	\$ 239.342,54

				Año 1995			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	420.750,00	14.025,00	\$ 420.750,00		
01/02/95	28/02/95	30	420.750,00	14.025,00	\$ 420.750,00		
01/03/95	31/03/95	30	118.934,00	3.964,47	\$ 118.934,00		
01/04/95	30/04/95	30	118.934,00	3.964,47	\$ 118.934,00		
01/05/95	31/05/95	30	118.934,00	3.964,47	\$ 118.934,00		
01/06/95	30/06/95	30	118.934,00	3.964,47	\$ 118.934,00		
01/07/95	31/07/95	30	118.934,00	3.964,47	\$ 118.934,00		
01/08/95	31/08/95	30	500.693,00	16.689,77	\$ 500.693,00		
01/09/95	30/09/95	30	500.693,00	16.689,77	\$ 500.693,00		
01/10/95	31/10/95	30	546.863,00	18.228,77	\$ 546.863,00		
01/11/95	30/11/95	30	546.863,00	18.228,77	\$ 546.863,00		
01/12/95	31/12/95	30	546.863,00	18.228,77	\$ 546.863,00		
Total días		360			\$ 4.078.145,00	\$ 11.328,18	\$ 339.845,42

				Año 1996			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	546.863,00	18.228,77	\$ 546.863,00		
01/02/96	29/02/96	30	546.863,00	18.228,77	\$ 546.863,00		
01/03/96	31/03/96	30	645.299,00	21.509,97	\$ 645.299,00		
01/04/96	30/04/96	30	645.299,00	21.509,97	\$ 645.299,00		
01/05/96	31/05/96	30	1.660.599,00	55.353,30	\$ 1.660.599,00		
01/06/96	30/06/96	30	150.570,00	5.019,00	\$ 150.570,00		
01/07/96	31/07/96	30	645.299,00	21.509,97	\$ 645.299,00		
01/08/96	31/08/96	30	645.299,00	21.509,97	\$ 645.299,00		
01/09/96	30/09/96	30	645.299,00	21.509,97	\$ 645.299,00		
01/10/96	31/10/96	30	645.299,00	21.509,97	\$ 645.299,00		
01/11/96	30/11/96	30	645.299,00	21.509,97	\$ 645.299,00		
01/12/96	31/12/96	30	1.541.547,00	51.384,90	\$ 1.541.547,00		
Total días		360			\$ 8.963.535,00	\$ 24.898,71	\$ 746.961,25

				Año 1997			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	698.026,00	23.267,53	\$ 698.026,00		
01/02/97	28/02/97	30	761.453,00	25.381,77	\$ 761.453,00		
01/03/97	31/03/97	30	948.107,00	31.603,57	\$ 948.107,00		
01/04/97	30/04/97	30	823.671,00	27.455,70	\$ 823.671,00		
01/05/97	31/05/97	30	2.076.196,00	69.206,53	\$ 2.076.196,00		
01/06/97	30/06/97	30	219.646,00	7.321,53	\$ 219.646,00		
01/07/97	31/07/97	30	823.671,00	27.455,70	\$ 823.671,00		
01/08/97	31/08/97	30	823.671,00	27.455,70	\$ 823.671,00		
01/09/97	30/09/97	30	823.671,00	27.455,70	\$ 823.671,00		
01/10/97	31/10/97	30	1.101.764,00	36.725,47	\$ 1.101.764,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-000460-01
Demandante: **RENATE BIELA LANGE.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

01/11/97	30/11/97	30	1.267.029,00	42.234,30	\$ 1.267.029,00		
01/12/97	31/12/97	30	1.267.029,00	42.234,30	\$ 1.267.029,00		
Total días		360			\$ 11.633.934,00	\$ 32.316,48	\$ 969.494,50

				Año 1998			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	1.457.083,00	48.569,43	\$ 1.457.083,00		
01/02/98	28/02/98	30	3.096.977,00	103.232,57	\$ 3.096.977,00		
01/03/98	31/03/98	30	388.555,00	12.951,83	\$ 388.555,00		
01/04/98	30/04/98	30	1.482.424,00	49.414,13	\$ 1.482.424,00		
01/05/98	31/05/98	30	2.001.272,00	66.709,07	\$ 2.001.272,00		
01/06/98	30/06/98	30	1.482.424,00	49.414,13	\$ 1.482.424,00		
01/07/98	31/07/98	30	1.482.424,00	49.414,13	\$ 1.482.424,00		
01/08/98	31/08/98	30	3.973.965,00	132.465,50	\$ 3.973.965,00		
01/09/98	30/09/98	30	576.951,00	19.231,70	\$ 576.951,00		
01/10/98	31/10/98	30	1.923.170,00	64.105,67	\$ 1.923.170,00		
01/11/98	30/11/98	30	1.923.170,00	64.105,67	\$ 1.923.170,00		
01/12/98	31/12/98	30	1.923.170,00	64.105,67	\$ 1.923.170,00		
Total días		360			\$ 21.711.585,00	\$ 60.309,96	\$ 1.809.298,75

				Año 1999			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	2.192.414,00	73.080,47	\$ 2.192.414,00		
01/02/99	28/02/99	30	2.192.414,00	73.080,47	\$ 2.192.414,00		
01/03/99	31/03/99	30	2.192.414,00	73.080,47	\$ 2.192.414,00		
01/04/99	30/04/99	30	4.528.119,00	150.937,30	\$ 4.528.119,00		
01/05/99	31/05/99	30	1.425.069,00	47.502,30	\$ 1.425.069,00		
01/06/99	30/06/99	30	236.460,00	7.882,00	\$ 236.460,00		
01/07/99	31/07/99	30	889.763,00	29.658,77	\$ 889.763,00		
01/08/99	31/08/99	30	616.035,00	20.534,50	\$ 616.035,00		
01/09/99	30/09/99	30	452.600,00	15.086,67	\$ 452.600,00		
01/10/99	31/10/99	30	599.687,00	19.989,57	\$ 599.687,00		
01/11/99	30/11/99	30	576.830,00	19.227,67	\$ 576.830,00		
01/12/99	31/12/99	30	236.460,00	7.882,00	\$ 236.460,00		
Total días		360			\$ 16.138.265,00	\$ 44.828,51	\$ 1.344.855,42

				Año 2000			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	674.363,00	22.478,77	\$ 674.363,00		
01/02/00	29/02/00	30	287.337,00	9.577,90	\$ 287.337,00		
01/03/00	31/03/00	30	429.014,00	14.300,47	\$ 429.014,00		
01/04/00	30/04/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/05/00	31/05/00	25	260.100,00	8.670,00	\$ 216.750,00		
Total días		145			\$ 1.867.564,00	\$ 12.879,75	\$ 386.392,55

CÁLCULO PROMEDIO ÚLTIMOS DIEZ AÑOS							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-000460-01
Demandante: **RENATE BIELA LANGE.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

1990	194	5,78	39,79	6,88	\$ 41.025,00	\$ 282.419,51	\$ 1.826.312,81
1991	365	7,65	39,79	5,20	\$ 51.716,00	\$ 268.990,80	\$ 3.272.721,43
1992	366	9,70	39,79	4,10	\$ 65.190,00	\$ 267.413,41	\$ 3.262.443,63
1993	365	12,14	39,79	3,28	\$ 81.510,00	\$ 267.156,75	\$ 3.250.407,08
1994	365	14,89	39,79	2,67	\$ 239.342,54	\$ 639.586,28	\$ 7.781.633,12
1995	360	18,25	39,79	2,18	\$ 339.845,42	\$ 740.956,12	\$ 8.891.473,40
1996	360	21,80	39,79	1,83	\$ 746.961,25	\$ 1.363.375,60	\$ 16.360.507,23
1997	360	26,52	39,79	1,50	\$ 969.494,50	\$ 1.454.607,32	\$ 17.455.287,85
1998	360	31,21	39,79	1,27	\$ 1.809.298,75	\$ 2.306.696,48	\$ 27.680.357,81
1999	360	36,42	39,79	1,09	\$ 1.344.855,42	\$ 1.469.297,01	\$ 17.631.564,10
2000	145	39,79	39,79	1,00	\$ 386.392,55	\$ 386.392,55	\$ 1.867.564,00
Total días	3600	IBL 2000					\$ 109.280.272,46
							\$ 910.668,94
Pensión					Tasa de reemplazo	61,00	\$ 555.508,05

De esta manera, se tiene que el valor de la mesada pensional equivale para el año 2000, a **\$555.508,05** suma superior al salario mínimo de la época, por lo que se impondrá dicho valor como mesada, aclarando que PORVENIR S.A. podrá iniciar las correspondientes acciones para lograr el pago del respectivo bono pensional a cargo de las demás entidades de seguridad social y/o entidad pública que estuviera a cargo del aseguramiento en pensión por el periodo del 07 de mayo de 1984 al 20 de mayo de 1999, con el fin de financiar la prestación.

Finalmente, y dado que se acreditó el pago a favor de la actora de la suma de \$14'643.266 por concepto del 50% de la **devolución de saldos**, dicho valor podrá ser descontando por la pasiva del valor que se llegare a pagar por concepto de retroactivo a la demandante, debidamente indexado.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

En el sub examine, se observa que las razones que tuvo PORVENIR S.A. para negar la prestación al grupo de beneficiarios en junio de 2019, (en la que se refirió a la del 15 de marzo de 2007), fue la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 (fls.39 a 41); argumentos que, ni siquiera podrían ser válidos para tal época, pues como quedó visto se

incurrió en mora por parte de la E.S.E. Hospital Psiquiátrico San Camilo, y no se adelantaron las correspondientes acciones de cobro por parte del fondo privado, por manera que en el caso presente resulta evidente la causación de dichos intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Así entonces, y dado que la reclamación que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue la del 27 de mayo de 2019, los intereses moratorios se deben contabilizar a partir del **27 de julio de 2019**, esto es, luego de transcurrido los dos meses de que trata el artículo 1° de la Ley 717 de 2003; por lo tanto, se ordenará el reconocimiento de dichos intereses moratorios sobre las mesadas causadas desde el 27 de mayo de 2016 a partir del 27 de julio de 2019 y hasta que se haga efectivo su pago. No accede a la **indexación**, puesto que los intereses moratorios ya tienen un componente de actualización de sumas dinerarias.

RESPONSABILIDAD DE LA LLAMADA EN GARANTÍA.

Al respecto, la Sala advierte que el numeral 1° del artículo 77 de la Ley 100 de 1993, relativo a la pensión de sobrevivientes de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, establece que cuando dicha prestación se origina en la muerte de un afiliado, contribuirán a la financiación de la misma, los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, *“y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora”*.

Ahora bien, el artículo 108 ejusdem, preceptúa que las A.F.P., deberán contratar seguros previsionales colectivos y de participación, para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, lo que tiene como finalidad garantizar el capital necesario en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado y, en especial, frente a la eventualidad de que lo que esté en ella

acumulado, resulte insuficiente para completar el monto de la pensión respectiva, caso en el cual le corresponderá acudir a la aseguradora en *“la suma adicional que se necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”*, tal como lo consagra el artículo 77 citado.

Consecuencia de ello es que resulta obligatoria la contratación de ese tipo de seguros en el sistema de ahorro individual, porque la cuenta de cada afiliado está conformada por los aportes efectuados por éste y sus rendimientos, de ahí que cuando éstos resultan insuficientes para financiar la prestación, el faltante será provisto por la compañía aseguradora con la que se haya contratado el seguro.

Así las cosas, resulta claro que tal cobertura es automática, pues si se condena a la A.F.P. al pago de la prestación periódica, a la aseguradora, por ministerio de la ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes. Sobre el tópico, se puede consultar las sentencias del 02 de octubre de 2007, rad. 30252 SL5429-2014, SL6094-2015, SL415-2019, SL568-2019, y SL3593-2019, por mencionar algunas.

En ese orden, la aseguradora BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. está obligada por ministerio de la ley a cubrir la suma adicional, si hubiere necesidad de ella, para que, una vez agregada a lo acumulado en la cuenta de ahorro individual por aportes obligatorios, rendimientos y bonos pensionales, se complete el capital necesario para pagar la pensión de sobrevivientes; ello en virtud de la póliza de aseguramiento obrante a folios 74 a 81. Por tanto, se impondrá tal condena.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen a llamada en garantía, pues como se señaló la condena que se impuso opera por ministerio de la ley.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia de origen y fecha conocidos.

En su lugar, se dispone:

A. CONDENAR a la sociedad **PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar a favor de la señora **RENATE BIELA LANGE** la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge supérstite de Carlos Luis Ardila Cadena, a partir del **21 de noviembre de 2000**, en cuantía inicial de **\$555.508,05**, en **catorce mesadas** anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

B. DECLARAR la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de mayo de 2016.

C. CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor de la señora RENATE BIELA LANGE, sobre las mesadas causadas desde el 27 de mayo de 2016, **intereses moratorios a partir del 27 de julio de 2019**, hasta que se haga efectivo su pago.

D. AUTORIZAR a PORVENIR S.A. a **descontar del valor** del retroactivo la suma de \$14'643.266 que fue pagada por

PORVENIR S.A. a favor de la demandante por concepto del 50% de la devolución de saldos, debidamente indexado.

E. CONDENAR a BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. a cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes de la demandante.

F. ABSOLVER a la demandada y a la llamada en garantía de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$550.000 a cargo de PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-000460-01

Demandante: **RENATE BIELA LANGE.**

Demandado: **PORVENIR S.A.**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO