REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-035-2021-00474-01
DEMANDANTE:	ALEJANDRO TAUTIVA SALAZAR
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A.S, SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 10 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA y ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas COLPENSIONES Y AFP SKANDIA S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia del 10 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ALEJANDRO TAUTIVA SALAZAR** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **LAS AFP COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-035-2021-00474-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad/ineficacia del traslado al RAIS que realizó inicialmente el demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. el día 14 de abril de 1994 y como consecuencia se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos, indexación, frutos e intereses así como los gastos de administración; a pagar a COLPENSIONES la diferencia que pudiera llegarse a dar entre los aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse al RPM. Ordenar a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes y computarlos a las semanas efectivamente cotizadas en el RPM; lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el actor nació el 10 de enero de 1957 y fue afiliado al ISS donde cotizó 306.71 semanas, desde el 27 de mayo de 1983 hasta el 14 de abril de 1994, fecha en que se trasladó a COLFONDOS S.A. Que no recibió por parte del Fondo información sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas del traslado de régimen, sino que obedeció a una decisión tomada por su empleador. El 8 de abril de 1999 el actor realizó una nueva afiliación, en esta oportunidad con SKANDIA S.A., pero igualmente, sin ninguna información sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales y de los riesgos y consecuencias del traslado.

Actualmente, se encuentra afiliado a PROTECCIÓN S.A. desde el 1º de mayo de 2001 y COLPENSIONES se negó a dejar sin efecto el traslado de régimen realizado del entonces ISS al Fondo Pensional COLFONDOS el 14 de abril de 1994, conforme a la comunicación de julio de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

[1] Archivo 01 del expediente digital.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante el inicio de cotizaciones al ISS el 27 de mayo de 1983, el número de semanas cotizadas al ISS, y la respuesta negativa a la solicitud de dejar sin efectos el traslado de régimen. Manifestó que no le constan los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.[3]

La demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. indicó que no se opone ni se allana a las pretensiones formuladas en contra de las demás de mandadas pero se opone a las pretensiones 4ª y 5ª formuladas en su contra. Manifestó que es parcialmente cierto el hecho relacionado con la suscripción del formulario de afiliación y que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, 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

[2] F. 1-38 Archivo 13 del expediente digital.
[3] F. 1-13 a Archivo 05 del expediente digital.

parecidos al contexto de las sentencia invocada por el demandante, prescripción de la acción, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.[4]

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. dio respuesta manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos indicó que acepta los relacionados con las pruebas documentales aportadas con la demanda y negó los demás. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

AFP PROTECCIÓN S.A.[5]

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra; aceptó la fecha de nacimiento del demandante y negó los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de octubre de 2022, resolvió DECLARAR LA INEFICACIA del

[4] f.1-18 Archivo 07 del expediente digital
[5] f. 1-14 archivo 17 del expediente digital

traslado efectuado por ALEJANDRO TAUTIVA SALAZAR, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLFONDOS S.A., y como consecuencia de ello, ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condenó a las AFP COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A Y PROTECCIÓN S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración y comisiones, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el Fondo Privado. Condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a ALEJANDRO TAUTIVA SALAZAR al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la AFP administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. y condenó en costas a la demandada AFP COLFONDOS S.A., y sin costas a las demás demandadas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que para el estudio de la pretensión de ineficacia del traslado que efectuó el actor en abril de 1994 se tendrían en cuenta las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que han generado una amplia línea jurisprudencial, respecto a que cuando el afiliado señala que no se le dio la información necesaria para un consentimiento informado, se traslada la carga de la prueba al Fondo Privado, lo que no encontró demostrado en éste caso, pues el actor no tenía conocimientos suficientes para concluir que tenía un consentimiento informado previo al traslado, ya que no se dio al actor una información completa y comprensible frente a las implicaciones del traslado, entre ellas la forma como sería liquidada su pensión; razón por la que declaró la ineficacia del traslado y en consecuencia ordenó el traslado del capital ahorrado junto con los frutos, rendimientos financieros e intereses; así como a la devolución de las sumas de aseguramiento, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades. Condenó a COLPENSIONES a volver a afiliar a ALEJANDRO TAUTIVA SALAZAR al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la AFP administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. Condenó en

costas a la demandada AFP COLFONDOS S.A., y sin costas a las demás demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que de acuerdo al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no son estas las consecuencias de la ineficacia del traslado. Señala que COLPENSIONES es ajena al traslado y por tanto no puede imponerse esta consecuencia en su contra, ya que va en contravía con la equidad, ya que permite que personas que no han contribuido al sistema entren a beneficiarse de los aportes de otras personas, lo que descapitalizaría el sistema, cuando el actor de manera libre y voluntaria permaneció por más de 28 años en el Fondo. Que en caso de confirmarse la sentencia se autorice a COLPENSIONES obtener el valor de los perjuicios que se le causen con el traslado; no se le condene en costas ya que es un tercero de buena fe y por último que se le ordene a los Fondos no realizar ninguna deducción, como sería el caso de los seguros previsionales.

La **AFP SKANDIA** apela parcialmente, pues hace referencia únicamente a la devolución de los gastos de administración, para lo que argumenta que cuando el demandante se trasladó no lo hizo con éste Fondo por lo que no puede responder por estos gastos de administración. Señala que los descuentos efectuados tuvieron como sustento la norma legal y cuando se decreta la nulidad lo que procede es el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, por lo que no tiene el Fondo la obligación legal de devolverlos.

COLFONDOS y PROTECCIÓN no interpusieron recursos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no

constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no, los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ALEJANDRO TAUTIVA SALAZAR al régimen de ahorro individual, junto con las consecuencias propias que de ello se derivan. Así mismo resolver sobre la condena a la devolución de gastos de administración y la solicitud de obtener los perjuicios que se causen con el traslado.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011,

SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde a los Fondos de Pensiones demandados, quienes asesoraron sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, son los fondos los que conservan los documentos y la información en general que le suministraron al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de las AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el

deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PENSIONAR el 8 de abril de 1999 (f. 30 archivo 05), y a COLFONDOS el 3 de abril de 2014 (f. 90 archivo 07) y a PROTECCIÓN S.A el 1º de mayo de 2001** (**f.59 archivo 17)**, **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo que se requería, toda vez que el señor ALEJANDRO TAUTIVA SALAZAR manifestó en su declaración, que hace mucho tiempo fueron asesores de PROTECCIÓN al lugar donde trabajaba, para decirles que tenía que cambiaran de Fondo por que el ISS se acababa y todos eligieron trasladarse, pero no conocían las circunstancias y les dijeron que se pensionaban más rápido; no sabe por qué, ya no les explicaron bien, sino que les dijeron que tenían más garantías, pero sin explicarles nada más. Posteriormente con para laborar con el Ejército les dijeron que tenían que afiliarse y les dieron una hora para hacerlo por lo que se afiliaron a la que les quedó más cerca, pero no les dieron ninguna información. No conoce qué es el régimen de prima media, y dice que no retornó al ISS porque no sabía todos los problemas que le traería el traslado, lo que conoció hace 3 años, cuando fue a averiguar sobre su pensión. No sabe cuál sería el valor de su mesada pensional, pero cree que en COLPENSIONES sería más alta. Sobre la afiliación con PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. dice que fue porque les ofrecieron la afiliación y solo le dijeron que se pensionaban más rápido pero no le indicaron nada más. No sabe de la cuenta de ahorro individual, ni de los rendimientos respecto de los que dice que no ha visto ningún rendimiento y no le dieron ninguna otra información. Dijo que no lo han visitado asesores del ISS o de COLPENSIONES y no ha radicado queja o reclamo por la administración de sus aportes, aunque acepta haber recibido extractos. Sabe que se puede pensionar con PROTECCIÓN S.A. y que no le han negado el derecho, sino que fue absurdo el valor que le dijeron como mesada cuando fue a preguntar. (Min. 13:28 a 31 – archivo 36).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debe declararse la ineficacia del mismo, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante y frente a la procedencia de la devolución de los gastos

de administración y gastos de seguros previsionales, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración; sin embargo, como no se hizo mención a los seguros previsionales habrá de adicionarse en este aspecto pues no obstante, que el Juez indicó que la AFP del RAIS debía trasladar al RPM los montos recibidos con motivo de la afiliación del convocante, **omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, valores que deberán devolver las AFP demandadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración, porcentajes de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró

la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Respecto a la adición solicitada por COLPENSIONES en cuanto a obtener los perjuicios que le pueda ocasionar por el traslado del demandante, ello no fue objeto del proceso y por lo tanto no puede ser analizado en esta instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en cuanto a la devolución del porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y seguros previsionales. Sin costas en esta instancia, por cuanto se adicionó la sentencia conforme al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 10 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión y seguros previsionales, descontados al convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-036-2019-00824-01
DEMANDANTE:	ROCÍO CALDERÓN ROBLEDO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 28 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 28 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROCÍO CALDERÓN ROBLEDO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-036-2019-00824-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de mayo de 1994 y como consecuencia se condene a las AFP demandadas a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y a COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen y a recibir a la actora como afiliada sin solución de continuidad y se condene al pago de las costas y gastos del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 12 de mayo de 1968 y para el momento del traslado el 18 de mayo de 1994 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. había cotizado al ISS un total de 79,29 semanas. La decisión del traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP en cuanto a las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensiona, ni sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Que el 22 de agosto de 2919 solicitó a las AFP demandadas la nulidad del traslado de régimen y el 22 de agosto solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las cotizaciones efectuadas al ISS y la solicitud de traslado a COLPENSIONES y manifestó que no le constan los demás.

---

[1] Archivo 02 del expediente digital.
[2] Páginas 2 a 18 archivo 12 del expediente digital.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad 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.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.[3]

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda; aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la de afiliación a COLFONDOS y la petición de nulidad del traslado manifestando que no son ciertos o no le constan los demás hechos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó buena fe, innominada o genérica y compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2022, dispuso DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por ROCÍO CALDERÓN ROBLEDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1o. de junio de 1994, a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión

[3] Archivo 4 del expediente digital.

SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas, con la precisión de que dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con las AFP COLPATRIA y HORIZONTE, como en el que directamente estuvo vinculada con PORVENIR S.A. ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas en cuantía de 1 SMMLV a cargo de cada una.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justica respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de una afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de éste deber. Consideró que conforme al interrogatorio de parte la demandante al momento del traslado no recibió

información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera libre e informada, toda vez que la única prueba alegada fue el interrogatorio de parte y los formularios suscritos por la demandante. Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos, gastos de administración y comisiones descontados a la demandante, estos últimos debidamente indexados y entregar los archivos debidamente actualizados por los periodos de afiliación. Condenó en costas a las demandadas salvo a COLFONDOS quien no se opuso a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que la demandante no acreditó ningún vicio del consentimiento, además de haber realizado traslados horizontales. Que el deber de asesoría a evolucionado y para la época no tenían los fondos privados que acreditar las proyecciones por lo que no se requiere dicha documental y que la conducta desinteresada de la demandante saneó esta desinformación. Considera que lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES.

PORVENIR S.A por su parte, indicó que se acreditó en el proceso que la demandante ya no se encuentra activa en dicho Fondo y que los dineros fueron trasladados a COLFONDOS, por lo que ordenar la devolución de suma diferente a la indicada en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 constituye un enriquecimiento sin causa como quiera que no estaban destinados a financiar la pensión de la demandante pues estos están autorizado por ley y se informan a los afiliados en los extractos; además, señala que la indexación de estas suman no es procedente pues los dineros fueron enviados a COLFONDOS con los rendimientos generados.

PROTECCIÓN S.A. no interpuso recurso alguno al igual que COLFONDOS S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ROCÍO CALDERÓN ROBLEDO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando

no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con**

sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos***

fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)" (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN (f. 28 Archivo 05)**, **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP

demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen que en 1994 trabajaba para Granahorrar quien pertenecía al grupo del Fondo de Pensiones HORIZONTE y les dijeron que debía trasladarse por fidelidad con su empleadora y si no se trasladan podía el empleador desistir de los contratos, pero no recibió ninguna asesoría. En cuanto al siguiente traslado manifestó que laboraba para Redeban y un asesor de COLPATRIA les indicó que este Fondo era el mejor porque tenía el respaldo de la entidad financiera y por ello se trasladó, sin que le explicaran sobre las cuentas de ahorro individual, rendimientos financieros o aportes voluntarios ni la forma de calcular el monto de la pensión o seguros previsionales y se trasladó nuevamente, porque su empleador laboraba con el nuevo Fondo al que se trasladaba. Manifestó que el traslado a HORIZONTE S.A. no fue voluntario porque necesitaba continuar laborando. No hizo petición a HORIZONTE porque creyó en la buena fe de su empleador y no se trasladó antes, porque no conocía que los Fondos Privados no eran la mejor opción para pensionarse. Manifestó respecto a PROTECCIÓN S.A., que no hubo asesor de por medio, sino que el traslado fue a través de la empresa Redeban por lo que firmó el formulario. (Min. 10:15 – 21:55 archivo de audio y video 29 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia del mismo, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos

de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y seguros previsionales; incluso respecto de los fondo a los que anteriormente estuvo afiliada la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos por PORVENIR S.A. en el recurso de apelación, toda vez que las AFP deben trasladar al RPM cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante durante el periodo de tiempo en que estuvo afiliada a dicho fondo los cuales deben ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la

cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será CONFIRMADA

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.S** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-036-2020-00228-01
DEMANDANTE:	ELIANA MERCEDES URIBE LÓPEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 23 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la PARTE ACTORA contra la sentencia del 23 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELIANA MERCEDES URIBE LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-036-2020-00228-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se condene a COLPENSIONES a efectuar a la actora la devolución del valor cobrado en exceso por concepto de aportes a

[1] F. 5 y 6 Archivo 01 Expediente Digital

pensión, para cubrir la comisión que esta cobra por administración de dichos recursos, que se viene liquidando sobre el IBC cuando debe ser sobre el valor de los aportes (11.5%) calculado sobre la asignación básica. Que el valor descontado en exceso asciende a la suma de $19.671.758, valor que debe ser devuelto a la demandante con la corrección monetaria, y en caso de no dar cumplimiento al fallo dentro del término legal, se ordene el pago de los intereses de mora conforme al artículo 177 del C.C. y al pago de las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante está vinculada a la EMPRESA PÚBLICA DE ALCANTARILLADO DE SANTANDER – EMPAS, tal como se demuestra con el reporte de semanas de cotización expedido por COLPENSIONES el 18 de febrero de 2020 que refleja un total de 694.43 semanas de cotización.

Durante la afiliación a pensión se efectuaron aportes por un monto del 16% del cual el 11.5% sobre el IBC es para financiar la pensión y el 4.5% sobre el IBC para la comisión de administración.

El día 5 de mayo de 2020 radicó ante COLPENSIONES un derecho de petición No. 20204612872 solicitando la devolución del valor cobrado en exceso por concepto de administración de los aportes para pensión realizados por la demandante, lo que fue resuelto en forma negativa por la demandada mediante oficio BZ2020-4632549-0983493 el 5 de mayo de 2020 argumentando que no existe la figura legal de las comisiones de administración en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, con lo que se encuentra agotada la vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda; manifestó que son ciertos los hechos relacionados con la vinculación laboral de la demandante, la afiliación a COLPENSIONES y el número de semanas cotizadas, así como la solicitud de la parte actora y la respuesta negativa de fecha 5 de mayo de 2020. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de la indexación e intereses moratorios, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

[2] F. 2 a 8. Archivo 04 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 23 de noviembre de 2022, resolvió ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la demandante.

Como fundamentos de su decisión, señaló que el problema jurídico consiste en determinar si la demandada debe devolver el valor que se considera cobrado en exceso por concepto de gastos de administración. Encontró demostrado el agotamiento de la reclamación administrativa conforme a la documental aportada y resaltó que existen dos regímenes pensionales diferentes, de los cuales el RPM se encuentra administrado por COLPENSIONES y el monto de los aportes se encuentra regulados por los artículos 17 a 20 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 4 a 7 de la Ley 797 de 2003, que se distribuyen en forma distinta en cada uno de los dos regímenes. En el RPM en concordancia con el Decreto 4982 de 2007 la tasa de cotización asciende al 16%, que se distribuye en un 13% destinado a la financiación de la pensión de vejez y el 3% para pagar gastos de administración pensión de invalidez y sobrevivientes.

El demandante considera que el 11.5% calculado sobre el IBC es para financiar la pensión y el 4.5% restante debe ser liquidado sobre el valor del aporte a pensión, posición que se halló desacertada por cuanto los porcentajes no se acompasan con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y articulo 5 de la Ley 797 de 2003 que establecen de forma clara y precisa que la base de cotización es el salario mensual, que es el IBC sobre el cual se aplica el 16% del descuento para aportes a pensión, para lo que tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que determina los porcentajes y la forma en que se calculan, por lo que no le asiste razón al demandante pues los gastos de administración se calculan sobre el IBC definido en el artículo 18 de la misma norma, En consecuencia absolvió a la demandada de la pretensión de la parte actora; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 se refiere a las comisiones y establece

que estas no serán calculadas en ningún caso sobre el IBC y el artículo 9º inciso final del Decreto 1161 de 1991 contempla la devolución cuando se cobran en exceso los aportes, por lo que solicita se estudie el caso. Igualmente está inconforme con la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar si COLPENSIONES ha cobrado en exceso los aportes para la administración de los recursos pensionales efectuadas a la actora o si por el contrario se ha actuado conforme lo establecido en la ley.

CONSIDERACIONES

Lo primero a tener en cuenta es que la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, por lo que se encuentra regida por las normas contenidas en el Título II “Régimen solidario de prima media con prestación definida” y las normas comunes a los dos regímenes, contenidas en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, para el caso en particular es necesario tener en cuenta que el artículo 17 de dicha norma modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003 vigente durante la relación laboral de la actora, establece que deben efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de

pensiones "*con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen*…" y el artículo 18 de la norma en cita, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003 dispone que "la base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual…" Así mismo, el porcentaje de cotización a efectuar a pensiones se encuentra actualmente fijado en un 16% del ingreso base de cotización, conforme al artículo 1º del Decreto 4982 de 2007.

Igualmente, se trae a colación lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 que estableció inicialmente el monto de las cotizaciones tanto en el RPM como en el RAIS, y que al respecto señaló lo siguiente:

> *MONTO DE LAS COTIZACIONES. La tasa de cotización continuará en el 13.5%* del ingreso base de cotización.*
>
> ***En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes. (Resaltado fuera de texto).***
>
> *En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.*
>
> ***El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales***.
> *(…)*

Como se reitera que la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, para determinar la forma como se distribuye el monto de sus cotizaciones se debe atender lo allí indicado, esto es, que el incremento en la cotización, esto es el **13%** ***del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.***

Acorde con lo anterior, no le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su demanda que para cubrir los gastos de comisión, COLPENSIONES viene liquidando sobre la asignación básica (IBC) cuando debe efectuarse sobre el valor de los aportes, esto es, sobre 11.5% calculado sobre el la asignación básica; toda vez que la norma en cita claramente establece que el 16% del aporte se distribuye en un 13% para financiar la pensión de vejez y el 3% restante "sobre el ingreso base de cotización" se destina a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que el 3% no se liquida sobre el valor del aporte sino sobre el IBC y no corresponde a una comisión como parece entenderlo la parte actora, pues esta no se encuentra establecida para el régimen de prima media sino para los fondos privados que administran el régimen de ahorro individual.

El artículo 104 de la Ley 100 de 1993 que cita la parte actora en su recurso fue modificado por el artículo 53 de la Ley1 1328 de 2009 e indica:

> *Las administradoras cobrarán a sus afiliados comisiones de administración, incluida la comisión de administración de cotizaciones voluntarias de que trata el artículo 62 de esta ley, cuyos montos máximos y condiciones serán fijadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual deberá seguir el procedimiento que señale el Gobierno Nacional para el efecto. Dicho procedimiento deberá contemplar la revisión periódica de tales montos y condiciones con base en estudios técnicos.*
>
> *Tratándose de la comisión de administración de aportes obligatorios, la misma incorporará un componente calculado sobre el ingreso base de cotización, el cual se sujetará a los límites consagrados en el artículo 20 de esta ley, y otro calculado sobre el desempeño de los diferentes Fondos de Pensiones que incentive la mejor gestión de los recursos por parte de las administradoras.*
>
> *En ningún caso el ciento por ciento (100%) de la comisión total de administración de aportes obligatorios será calculado sobre el ingreso base de cotización.*
>
> *No obstante lo establecido en el inciso 1o de este artículo, corresponderá al*

Gobierno Nacional reglamentar las condiciones y montos del componente de la comisión de administración de aportes obligatorios calculado sobre el mejor desempeño de los Fondos de Pensiones gestionados.

Al respecto resalta la Sala, que dicho artículo hace parte del **CAPITULO VIII ADMINISTRADORAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD,** que trata sobre la administración de este régimen por los Fondos Privados de Pensiones, los requisitos que deben cumplir, niveles de patrimonio, planes de pensiones y otros aspectos de dicho régimen, que no hacen relación alguna con el régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, por lo que no es aplicable al caso en estudio el artículo citado por el recurrente.

En cuanto a la condena en costas el artículo 365 del C.G.P., determina que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, por lo que al resultar vencida en el proceso es procedente la condena en costas de primera instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será CONFIRMADA

Costas en esta instancia a cargo de la demandante-recurrente por cuanto se resolvió de manera desfavorable el recurso interpuesto. Se fija como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

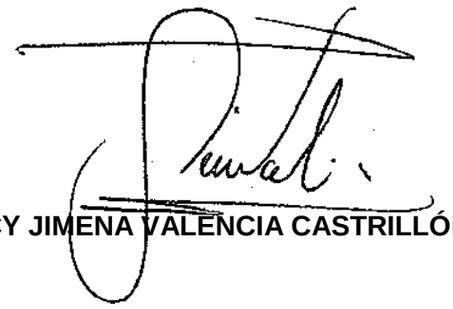
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del veintitrés (23) de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante-

recurrente. Se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-037-2019-00351-01
DEMANDANTE:	MANUEL EDWARD JUMAH MACÍAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 27 de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Cálculo actuarial
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC contra la sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario promovido por **MANUEL EDWARD JUMAH MACÍAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC,** con radicado No. **11001-31-05-037-2019-00351-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se condene a OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC al pago, con destino a COLPENSIONES, del cálculo actuarial correspondiente al periodo del 1º de septiembre de 1987 al 28 de febrero de 1992 y se ordene a COLPENSIONES generar el cálculo actuarial por dicho interregno para que sea pagado por la empresa y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que sostuvo una relación laboral con OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC del 1º de septiembre de 1987 al 28 de febrero de 1992, periodo durante el cual la entidad omitió realizar el pago de los aportes a pensión, por lo que solicitó el pago de estos, el 14 de mayo de 2018, pero la solicitud fue resuelta negativamente, a pesar de que la empresas petroleras, con anterioridad a la estructuración de los sistemas de seguros sociales, debían hacer el aprovisionamiento para cuando el sistema estuviese estructurado. Que el 13 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES realizar el cobro coactivo a OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC[2]

La entidad se opuso a la totalidad de las pretensiones, exponiendo, como argumentos de defensa, que durante la vigencia de la relación laboral no tuvo llamamiento obligatorio de inscripción al ISS, por lo cual no era jurídicamente posible efectuar el pago de los aportes para cubrir el riesgo de vejez, sin que ninguna norma establezca la obligación de pagar dichos aportes, en razón a que el contrato de trabajo feneció antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

[1] Fs. 5-14 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 1-18 Archivo 08 Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho.

COLPENSIONES[3]

La AFP se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra y, como argumento de defensa, sostuvo que debe probarse el vínculo laboral entre el demandante y OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, para que esta última tenga la obligación legal de pagar los aportes a pensión reclamados, bajo la figura del cálculo actuarial.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 27 de julio de 2022, condenó a OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC a reconocer y pagar el cálculo actuarial a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 1987 hasta el 07 de febrero de 1992, para lo cual deberá tenerse como salario de referencia el último salario base de liquidación percibido; ordenó a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial a partir de la información del salario que proporcione la codemandada; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, en síntesis, que, si bien la omisión en la afiliación del demandante tuvo origen en el no llamado a realizar dicha afiliación a los trabajadores del sector petrolero, la

[3] Archivo 12 Expediente Digital

jurisprudencia ha señalado que los empleadores deben realizar el pago del cálculo actuarial por lo periodos en lo que no existió cobertura del ISS.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLCpresentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, argumentó que la empresa no pagó los aportes a pensión del demandante por una omisión, sino porque no le era jurídica, ni fácticamente posible, por no tener llamado obligatorio de inscripción ante el ISS, pues la inscripción por parte de las empresas del sector petrolero inició el 1º de octubre de 1993, fecha en la que ya había finalizado el vínculo laboral con el actor, que lo fue antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y por ello no existe norma que obligue a la empresa a constituir un título pensional para convalidar los aportes de los trabajadores cuyo contrato terminó con antelación al 22 de diciembre de 1993. Que si en gracia de discusión se admite que el demandante tiene algún derecho pensional, lo que procede es el traslado actualizado de los aportes que se hubiese realizado de haber existido el llamado obligatorio de inscripción, pero no el cálculo actuarial, pues el Juzgado desconoció el alcance de este concepto, ya que indicó que se deben pagar los aportes a través del cálculo actuarial, siendo estas dos figuras totalmente disimiles, en razón a que este último lo que busca el cuantificar el capital necesario para financiar una pensión mediante una fórmula especial que consta de diversas variables, más no establecer el valor de los aportes. Además, que el pago de esos aportes actualizados debe realizarse de forma compartida entre la empresa y el trabajador, como ha sido definido en algunas sentencias de la Corte Constitucional, ya que ello atiende los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Que aplicar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 al caso particular, es otorgarle un efecto retroactivo a la ley, lo cual es desconocer el principio de seguridad jurídica. Agregó, que no entiende porque se condena al pago del cálculo actuarial, si la misma CSJ ha admitido en casos similares que no se trata de empleadores omisos, sino que lo que existió fue una orfandad legislativa, lo que hace injusta una condena tan excesiva, que no tiene soporte legal, ya que parte de una interpretación jurisprudencial que no tiene criterios definidos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación presentado por OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y la consulta en favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada[4], el determinar; si OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC debe ser condenada al pago del cálculo actuarial por el periodo transcurrido entre 15 de septiembre de 1987 hasta el 07 de febrero de 1992 o, en su defecto, si lo que procede es el pago actualizado de los aportes pensionales.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso siguiendo los lineamientos trazados por el artículo 66A del CPL**,** es decir, ciñéndose a lo que es motivo de la impugnación.

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran suficientemente acreditados dentro del presente asunto: **1.** Que el señor MANUEL EDWARD JUMAH MACIAS y OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC celebraron un contrato de trabajo a término indefinido, el 15 de septiembre de 1987 (fs. 21-22 Archivo 08 ED); 2. Que el trabajador presentó renuncia

[4] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

voluntaria e irrevocable, el 7 de febrero de 1992, siendo esa la fecha de finalización del contrato de trabajo (f. 23 Archivo 08 ED); 3. Que OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC no realizó aportes pensionales en favor del actor, por no existir cobertura del ISS en vigencia de la relación laboral.

Ahora, los argumentos de la recurrente frente a la condena se sintetizan así: Primero, que no debe pagar el cálculo actuarial porque la falta de afiliación del actor tuvo génesis en la falta de llamado obligatorio de inscripción ante el ISS, por lo que le era imposible fáctica y jurídicamente realizar el pago de los aportes pensionales; segundo, que el contrato de trabajo entre las partes terminó con antelación a que surgiera la obligación de afiliar a los trabajadores del sector petrolero y de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual no existe norma que obligue realizar el pago de cálculo actuarial y; tercero, que lo que procede en estos casos es el pago actualizado de los aportes pensionales y no el cálculo actuarial.

Frente a esos argumentos, ha de resaltar la Sala que todos y cada uno de ellos ya han sido abordados por la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la CSJ, reiterada recientemente en la Sentencia SL4224 de 2022, en los siguientes términos:

> *"Para resolver las inconformidades planteadas en esta acusación, basta recordar que la Sala ya ha tenido oportunidad de definir, en casos similares al presente, que los tiempos no subrogados por falta de cobertura tienen plena incidencia de cara al sistema general de pensiones, en atención a la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social. En ese orden, ha precisado que los empleadores mantienen su responsabilidad en materia pensional con aquellos trabajadores que les han prestado servicios, y no fueron inscritos en el entonces Instituto de Seguros Sociales por cualquier causa. En sentencia, CSJ SL287-2018, se expuso:*
>
> > *El tema puesto a consideración no ha sido pacífico durante los últimos años. En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.*

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Conforme esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(…) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (…) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

Dicha postura que ha sido reiterada en las recientes sentencias CSJ SL10122-2017 y CSJ SL068-2018.

Ahora bien, al descender al caso en estudio se tiene que si bien la obligación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante de afiliar a los «trabajadores del mar» al ISS surgió a partir del 15 de agosto de 1990, conforme lo estableció la Resolución n.° 003296 de 1990, es decir, con posterioridad a la finalización del vínculo laboral -8 de enero de 1982-, lo cierto es que el criterio atrás expuesto resulta perfectamente aplicable a este caso, máxime si se tiene en cuenta que desde la expedición del Acuerdo 257 de 1967 emanado del Consejo Directivo del ICSS se dispuso la inscripción de los trabajadores de empresas marítimas a los riegos de IVM (…). (Subraya la Sala).

El sentenciador plural para imponer la condena al pago del cálculo actuarial, efectuó un completo estudio jurisprudencial, en el que citó,

entre otras, las sentencias CSJ SL9856-2014, SL17300-2014, SL14388-2015, SL10122-2017, SL15511-2017, y SL068-2018. Del anterior análisis, afirmó que se podían derivar algunas reglas que sintetizó así: (i) los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, así no actuaran de manera incuriosa; (ii) los lapsos de no afiliación por falta de cobertura, continuaban a cargo del empresario; (iii) el dador de laborío debía facilitar que el asalariado consolidara su derecho a través del traslado del cálculo actuarial.

Los aludidos postulados que trazó el fallador, encuentran asidero en lo detallado por esta Corporación entre otras en la sentencia CSJ SL2584-2020, de la que se extractan las siguientes reglas:

(i) El pago del título pensional a la entidad de seguridad social, tiene por finalidad cubrir los periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez.

(ii) Lo precedente no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley, por cuanto se garantiza la preponderancia de la satisfacción de los derechos fundamentales del trabajador para la construcción de su derecho pensional.

(iii) La responsabilidad financiera del empleador, persiste aún ante la falta de cobertura del ISS.

(iv) Es irrelevante que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el contrato de trabajo no se encontrara vigente, pues la carga que se asume se deriva de los servicios prestados.

Lo descrito respalda la conclusión a la que llegó el sentenciador plural y descarta que bajo la égida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, solo fuera posible el pago del cálculo actuarial para situaciones de omisión, pues como se dijo, el aludido remedio financiero también opera ante la ausencia de cobertura territorial de la entidad de seguridad social.

El recurrente adicionalmente sostiene que, en la materia existe un vacío legislativo, que no puede remediarse con la orden de un cálculo actuarial y alude a los artículos, 27, 31 del CC, 1 y 8 del CST., de los que en síntesis relieva que cuando la norma sea clara, no se puede desatender su tenor literal para consultar su espíritu y que el fin de las normas laborales es la de lograr la justicia en las relaciones entre trabajadores y empleadores.

De cara a estos argumentos, se recuerda que la jurisprudencia sí encontró asidero para la condena impartida en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, por lo que no existe un vacío legislativo. Al respecto, esta Sala de Casación, en fallo CSJ SL3476-2022, al examinar un cargo similar al presente, propuesto por la misma demandada adoctrinó:

> *En cuanto a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, la Sala reitera su alcance, bajo el entendido de que tales normativas sí dispusieron una obligación a cargo de los empleadores de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador*

> *laboró. Y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del ISS, no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *Además, los artículos 27, y 31 del CC, 1 y 8 del CST, que acusa como parámetro de interpretación, no imponen de ninguna manera, que la situación bajo análisis deba resolver en el sentido de truncar el derecho pensional y relevar al empleador de cualquier carga, por el contrario, dentro del derecho social, debe propenderse por el mayor grado de satisfacción, especialmente en esta materia, en la que está comprometido el mínimo vital que pende de la pensión. En lo que concierne al artículo 8 de la Ley 171 de 1961, ese artículo protege una situación disímil, y no puede afirmarse que garantice que el dador de laborío no vea frustrado su derecho pensional."*

Más adelante, en la misma providencia, consideró la Corporación lo siguiente:

> "Para dirimir un cuestionamiento similar al que ahora propone la recurrente, esta Sala en causa promovida contra la misma Federación Nacional de Cafeteros, en la referida sentencia CSJ SL3476-2022, enseñó:
>
> > En torno al deber de asumir en forma total el pago del correspondiente cálculo actuarial, con lo que puntualmente discrepa la censura, de tiempo atrás se ha indicado que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, toda vez que en esos momentos estaban bajo su responsabilidad (CSJ SL2000-2022).
> >
> > La jurisprudencia de la Sala también ha precisado, que en estos eventos, el cálculo incluye todo el período laborado por el trabajador, porque mientras el ISS no subrogara al empleador en sus obligaciones, en tal interregno el compromiso estuvo a su cargo y debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial.
> >
> > Así mismo, el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, consagra que es el empleador o la caja quien debe trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente, representada en un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de tales sumas, como se explicó en la sentencia CSJ SL673-2021, donde se dijo (…).
>
> Según lo inmediatamente copiado, la tesis del libelista no puede ser acogida, en consecuencia, el fallador acertó al disponer el pago del cálculo actuarial completamente a cargo de la ahora recurrente.

> Al finalizar el ataque, de manera tenue propone que el pago del cálculo actuarial era procedente siempre y cuando la vinculación estuviera vigente o se hubiera iniciado con posterioridad al imperio de la Ley 100 de 1993, lo que no ocurrió en el *sub examine*. Esta Corte, en sentencia CSJ SL2138-2016, ampliamente disertó sobre este tópico y concluyó que no era imperativo que, al entrar a regir la Ley General de Seguridad Social, el nexo de trabajo se encontrara vigente, y se sustentó, entre otras, en las siguientes reflexiones:
>
> > Además de lo anterior, para la Sala la solución del pago de cálculos actuariales, por empleadores que no pagaron aportes debido a la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a la que acudió el Tribunal, no puede hacerse depender de que la relación laboral hubiera estado vigente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o para el 23 de diciembre de 1993, como lo disponía el Decreto 1887 de 1994.
> >
> > En este aspecto, desde las sentencias CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398 y CSJ SL646-2013 esta Sala de la Corte ya había justificado la necesidad de inaplicar ese tipo de condicionamientos, por ser contrarios a la intención del legislador plasmada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En dichas decisiones se recalcó que (…).
> >
> > También la Sala considera pertinente destacar que ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.
>
> Siguiendo el precedente, este otro reproche del memorialista, tampoco tiene de donde asirse, por lo que en ninguna de las cuestiones propuestas el ataque sale avante." (Subraya la Sala).

Extrapolando las anteriores consideraciones al caso concreto, es claro que los argumentos de la recurrente no tiene vocación de prosperidad, pues aunque no se desconoce que la falta de afiliación del señor MANUEL EDWARD JUMAH MACIAS al sistema pensional no se dio como consecuencia de una omisión de la empresa, sino ante la falta de llamado obligatorio de inscripción ante el ISS, lo cierto es que, independientemente de las razones, lo que se presentó en este caso es una falta de afiliación, razón por la cual la figura que procede para subsanar esa situación es el cálculo actuarial y no el pago de los aportes actualizados, como quiera que ello solo procede en el caso de aportes en mora a cargo del empleador.

De otro lado, el hecho de que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo no estuviera vigente la Ley 100 de 1993, no implica que el pago del cálculo actuarial resulte improcedente o que se le esté dando un efecto retroactivo a la norma, debido a que la condena no está soportada jurídicamente en dicha disposición, sino precisamente en que los lapsos de no afiliación por falta de cobertura del ISS corrían a cargo única y exclusivamente del empleador, por lo cual el pago del cálculo actuarial no corresponde a una obligación que vaya más allá de las obligaciones que estaban a cargo de la empresa para la época en que se desarrolló la relación laboral.

En consonancia con lo anterior, el cálculo actuarial debe asumirlo únicamente el exempleador y no el extrabajador, quien legalmente no está llamado a contribuir en el pago de tales sumas, pues para la época en que estuvo vigente el contrato de trabajo, no le correspondía al empleador realizar algún tipo de descuento con destino al sistema, sino que el derecho pensional se causaba en favor del subordinado por el hecho de prestar sus servicios, ya que, se reitera, el empresario asumía totalmente la obligación pensional.

Ahora frente a la orden a COLPENSIONES de realizar el cálculo actuarial, encuentra la Sala que la misma se encuentra acorde a los postulados de ley, como quiera que la suma que corresponde pagar al exempleador por tal concepto, debe estar a satisfacción del Fondo Administrador de Pensiones.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Las Costas en esta instancia a cargo de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

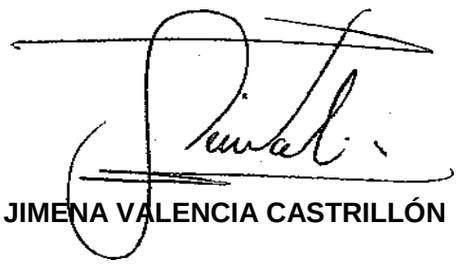
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN





ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-039-2020-00487-01
DEMANDANTE:	ELIANA ISAURA MORENO BOHÓRQUEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 18 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 18 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **ELIANA ISAURA MORENO BOHÓRQUEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-039-2020-00487-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado a través de PORVENIR S.A., así como la afiliación realizada con posterioridad a COLFONDOS S.A., por omisión en el deber de información; como consecuencia de ello, condenar a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos, con destino a COLPENSIONES; condenar a COLFONDOS S.A. a trasladar todos los aportes efectuados junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a COLPENSIONES; condenar a esta última entidad a activar su afiliación en el RPM, aceptar y recibir el traslado de sus aportes; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 12 de junio de 1970, motivo por el cual a la fecha cuenta con 50 años. Que se afilió al RPM y hacia el año de 1999 se trasladó, sin ser debidamente asesora por dicha administradora, toda vez que únicamente se le informó que su mesada pensional equivaldría al monto que ella quisiera, sin referirle de qué forma ello se lograría, y menos aún sin indicarle las incidencias pensionales negativas que el nuevo régimen le generaría. Que en el año 2002, se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., quien tampoco le explicó las incidencias del nuevo régimen, ni ejerció su deber de buen consejo para alentarla a retronar al RPM. Que el 13 de noviembre de 2020 agotó la vía gubernativa ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra y argumentó que el traslado de régimen pensional de la demandante es completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a

[1] Páginas 1 a 12 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Páginas 2 a 39 Archivo 14 Expediente Digital

condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el mismo es nulo.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A.[3]

La AFP adujo que no se opone a las pretensiones de la demanda y que si bien la afiliación de la actora es válida y como AFP obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, lo cierto es que si el despacho considera viable ordenar el traslado de la demandante al RPM, no se opondrá a tal decisión, y en consecuencia, procederá a trasladar los aportes registrados en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, siempre que la decisión no le implique ningún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria, como por ejemplo una enventual condena en costas.

Propone como excepciones de mérito: Buena fe, compensación y pago, y la genérica.

COLPENSIONES[4]

La demandada se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario, se observa que las documentales se encuentra conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por manera que, no

[3] Páginas 5 a 18 Archivo 07 Expediente Digital
[4] Páginas 3 a 45 Archivo 08 Expediente Digital

procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 18 de noviembre de 2022, declaró que el traslado de la demandante al RAIS, es ineficaz, y por consiguiente, no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que la actora jamás se separó del RPM, situación que también se predica del traslado subsiguiente efectuado ante Colfondos S.A.; condenó a Colfondos S.A. a que transfiera a Colpensiones todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, más los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse la decisión; condenó a Porvenir S.A. a que transfiera a Colpensiones todos los dineros que recibió por gastos de administración y comisiones por administración, junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados al momento de cumplirse la decisión; ordenó a Colpensiones que reciba los dineros anotados y reactive la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; informó a Colpensiones que puede acudir a las acciones judiciales contra las AFP convocadas para obtener los eventuales perjuicios que se pueden causar por la ineficacia; condenó en costas a Porvenir S.A., sin condena en costas para Colfondos S.A. y Colpensiones.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de

facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que los Fondos Privados hayan cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.,** interpuso recurso de alzada argumentando que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información que echa de menos; sumando a ello que, su actuar como administradora siempre ha sido de buena fe, pues todas sus acciones se han ejecutado en atención a los presupuestos legales vigentes a la data del traslado. Que ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos en los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, porque creyendo administrar su propia actividad, en realidad administró los negocios de otros, es decir, el manejo de los aportes de un afiliado, luego al declarase la ineficacia de traslado la AFP, está entregando unos rendimientos superiores a los que se habría obtenido en el RPM, por manera que esa agencia oficiosa debe dar lugar al reembolso de una utilidad efectiva obtenida, esto es, que solo debería exigírsele la devolución de los rendimientos que hubiere obtenido Colpensiones, a más que no es procedente la orden de devolver las sumas descontadas a título de seguros previsionales, porque ya no están en su poder al trasladarla a las respectivas compañías aseguradoras. Finalmente, adujo que las inversiones macroeconómicas realizadas con los aportes efectuados por la convocante, generaron rendimientos, y es por ello que los dineros reportados en su cuenta de ahorro individual no perdieron poder adquisitivo, de suerte que debe revocarse la condena impuesta por indexación, en aras de evitar una doble sanción por el mismo concepto, la cual tampoco procede en tratándose de los gastos de administración y comisiones.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que en los términos del artículo 167 del CGP y la sentencia proferida el 10 de octubre de 2017, M.P. Carlos Andrés Vargas, radicado 192015915, los vicios de error fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan y de ninguna manera puede trasladarse a la entidad, la

carga de demostrar que no actuó con dolo. Dijo que en la sentencia proferida dentro del radicado 07 2015 00822, con fecha del 25 de octubre de 2017, del Tribunal Superior de Bogotá con ponencia del Magistrado Manuel Eduardo Serrano Baquero, se indicó que sobre los vicios del consentimiento que presuntamente concurrieron en el acto del traslado, estimó que no se aportaron las pruebas pertinentes y suficientes por quien tenía la carga procesal, que conforme al artículo 167 del CGP, lo es la parte demandante. Refirió que cualquier duda objetiva de la norma, constituye un error de derecho que no vicia el consentimiento, según lo dispone el artículo 1509 del C.C., además, resulta desproporcionado trasladar la carga de la prueba en las AFP y en Colpensiones, cuando esta última entidad resulta ser la más afectada, máxime cuando el traslado tuvo lugar en el año de 1999, es decir, hace más de 20 años, generándose una imposibilidad de demostrar las circunstancias que rodearon el acto. Concluyó advirtiendo que la condena en costas en segunda instancia genera un detrimento patrimonial de la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ELIANA ISAURA MORENO BOHÓRQUEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen**

consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.,** ni ninguna de las AFP del RAIS convocadas al proceso, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 40 archivo 14 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y también con **COLFONDOS S.A.** (página 30 archivo 01 ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede

colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues la actora fue clara al manifestar que se trasladó a Porvenir mientras trabajaba para la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo cual el respectivo asesor, le indicó en una reunión grupal, que era más beneficioso trasladarse a un fondo privado, adicionalmente, que a diferencia de Colpensiones tendría un ahorro, pero que en general, las condiciones eran las mismas que tenía en el RPM, siendo más favorable para ella, desde el punto de vista económico, el fondo de pensiones privado (Min. 16:35-31:20 archivo de audio y video 20 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión de la A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos

obrantes en la cuenta individual del actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la apoderada de PORVENIR S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual de la afiliada, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades*

constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. dada la improsperidad de sus recursos de apelación y conforme a lo estatuido en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, en el cual se prevé que se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Se incluyen como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

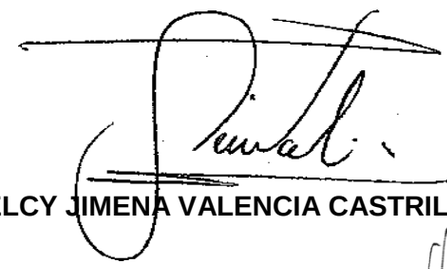
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2023-00054-01
DEMANDANTE:	MARÍA DEL PILAR MARÍN MONTOYA
DEMANDADO:	SANITAS EPS SAS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 15 de diciembre de 2022
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Cobertura servicios de salud
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN,** se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia del 15 de diciembre de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **MARÍA DEL PILAR MARÍN MONTOYA** contra **SANITAS EPS S.A.,** con radicado No. **11001-22-05-000-2023-00054-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La señora **MARÍA DEL PILAR MARÍN MONTOYA**, presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **SANITAS EPS S.A.**, para que, mediante sentencia judicial, se ordene a la convocada le autorice la terapia física integral en cantidad de 10 sesiones y, a su vez, remita la respectiva autorización con destino a la ESE Hospital Gabriel Peláez Montoya; finalmente, se emita autorización para control de hipertensión y de los medicamentos requeridos para el tratamiento de su diagnóstico.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que reside en el municipio de Jardín Antioquia, cuenta con 71 años y se encuentra afiliada a EPS Sanitas en calidad de cotizante, con portabilidad para recibir atención primaria en la ESE Hospital Gabriel Peláez Montoya. Dijo que presenta como diagnóstico gonartrosis no especificada e hipertensión arterial primaria, y es por ello que, su médico tratante le ordenó terapia física integral de 10 sesiones. Señaló que solicitó vía correo electrónico ante la ESE Hospital Gabriel Peláez Montoya, autorización para la realización de las terapias requeridas, sin embargo, a la fecha la misma no ha sido emitida por la EPS, ocurriendo lo mismo con su control de hipertensión, el cual debe realizarse cada 3 meses y con los medicamentos que le fueron prescritos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SANITAS EPS S.A.[2]

La entidad de salud, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo que la entidad no tiene autorización de funcionamiento en el municipio de Jardín-Antioquia, sin embargo, en atención a la portabilidad de la actora, sus terapias están siendo prestadas por la ESE Hospital Gabriel Peláez

[1] Páginas 1 a 4 archivo 1 del Expediente Digital
[2] Archivo Respuesta Jurisdiccional carpeta 3 del Expediente Digital

Montoya, en donde se le ha garantizado el acceso a los servicios que ha requerido, por lo que se ha configurado un hecho superado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3]

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2022-001288 del 15 de diciembre de 2022, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, ordenó a Sanitas EPS SA, garantizar a través del proveedor de su red del municipio de Jardín Antioquia, la efectiva realización de 5 terapias, de las 10 que le fueron ordenadas a la demandante, conforme a la prescripción médica detallada en la parte motiva de la sentencia y la periodicidad que requiere el tratamiento, así como garantizar la portabilidad de la activa para que le sea prestada la atención en el municipio de Jardín-Antioquia, a efectos de consolidar la efectiva prestación del servicio de salud por el término de duración de la portabilidad.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que, la demandada se encuentra dando cumplimiento de las sesiones de terapia física ordenadas, pues ha ejecutado 5, de las 10 requeridas. Añadió que no es posible pronunciarse con relación al suministro de los medicamentos, puesto que la usuaria no allega soporte de orden médica específica de los mismos. Concluyó que si bien, se llevó a cabo consulta por control de hipertensión y la demandada ha asegurado la portabilidad de la activa, en tanto esta se encuentra vigente, en todo caso, no es procedente declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, dado que aún se encuentra pendiente la realización de 5 sesiones de terapia física.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada SANITAS EPS S.A., presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, manifestó que ha cumplido con la función de aseguramiento a su cargo y no trasgrede ninguna disposición normativa que

[3] Archivo 4 del Expediente Digital

permita soportar una infracción, además, tiene contratado el servicio requerido con el prestador ESE Hospital Gabriel Peláez Montoya, lo que permite materializar el objeto de demanda. Añadió que no existe soporte que respalde su presunta desidia en la prestación de los servicios médicos que requiere la usuaria, quien por el contrario, al ser contactada vía telefónica, refirió que sí se le está prestando el servicio. Advirtió que la decisión de primer grado ampara un presunto incumplimiento futuro, el cual no puede ser endilgado a la entidad, y es por ello que, solicita revocar la decisión en referencia, para en su lugar, declarar que se configura una carencia actual de objeto por hecho superado.[4]

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada[5], si en el presente caso se configuró un hecho superado, al concretarse la prestación de los servicios de salud requeridos por la parte activa.

CONSIDERACIONES

Procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los precisos términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud pueden pretender mediante un proceso verbal sumario la resolución de los conflictos relacionados con la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el plan de beneficios,

[4] Archivo 5 del expediente digital.
[5] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

cuando su negativa por parte de las EPS o las entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

En el *sub lite*, la parte demandada pretende la revocatoria del fallo de primer grado, aduciendo para el efecto que es procedente considerar que en el caso analizado se ha configurado el hecho superado, por cuanto el objeto de inconformidad que llevó a la demandante a recurrir a los buenos oficios de la Superintendencia Nacional de Salud, desapareció, dado que ha cumplido con la obligación de aseguramiento a su cargo, al tener contratado el servicio requerido con el prestador ESE Hospital Gabriel Peláez Montoya, aunado constató mediante llamada telefónica que a la usuaria se le está prestando el servicio, de suerte que la decisión opugnada en realidad está amparando un presunto incumplimiento.

En lo que concierne al hecho superado, figura aplicable al caso, por cuanto respecto de las decisiones de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, son extensivas las sanciones previstas en materia de tutela de que trata el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1797 de 2016, ha indicado la Corte Constitucional en sentencia T-149 de 2018 que:

> *«(…)*
> *17.La jurisprudencia constitucional ha identificado tres hipótesis en las cuales se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto, a saber: (i) cuando se presenta un daño consumado; (ii) cuando acaece un hecho sobreviniente; y (iii) cuando existe un hecho superado.*
>
> *18.La hipótesis de daño consumado tiene lugar cuando "la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela". Esta situación puede concretarse, bien al interponerse la acción de tutela, o durante su trámite ante los jueces de instancia o en curso del proceso de revisión ante la Corte. En el primer caso, el juez debe declarar la improcedencia de la acción, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. En el segundo, a diferencia del supuesto de hecho superado –como seguidamente se precisa-, el juez tiene el deber de pronunciarse de fondo sobre el asunto. Este deber tiene por objeto evitar que "situaciones similares se produzcan en el futuro y [...] proteger la dimensión objetiva de los derechos que se desconocieron".*

19.La carencia de objeto por el acaecimiento de un hecho sobreviniente tiene lugar cuando la situación que generó la amenaza o vulneración del derecho fundamental cesó bien, "porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la litis". Entonces, el hecho sobreviniente, a diferencia del hecho superado, no tiene origen en una actuación de la parte accionada dentro del trámite de tutela. En razón de ello y, según las circunstancias de cada caso, el juez constitucional debe pronunciarse de fondo cuando encuentre que existan "actuaciones a surtir, como la repetición por los costos asumidos o incluso, procesos disciplinarios a adelantar por la negligencia incurrida".

20.Por último, la carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental alegado y se satisfacen las pretensiones del accionante. Esta circunstancia puede ser consecuencia de "la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor", lo cual puede acaecer entre la presentación de la tutela y la sentencia del juez constitucional. Cuando se encuentra demostrada esta situación, el juez de tutela no tiene el deber de proferir un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, de considerarlo necesario, puede realizar observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, bien sea para condenar su ocurrencia, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición. En todos los casos, sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es necesario demostrar, en la providencia de que se trate, del acaecimiento del hecho superado.

21.De conformidad con la jurisprudencia constitucional, se han diferenciado tres criterios para determinar si ha acaecido o no el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, a saber: (i) que con anterioridad a la acción de tutela exista una vulneración o amenaza a un derecho fundamental del accionante, cuya protección sea posteriormente solicitada; (ii) que durante el trámite de la acción de tutela haya cesado la vulneración o amenaza del derecho, y; (iii) que si la acción pretende el suministro de una prestación y, "dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta [advierte la Sala, siempre y cuando no corresponda al cumplimiento de una orden del juez de tutela], también se puede considerar que existe un hecho superado". (Subraya fuera de texto).

Dando aplicación al precedente jurisprudencial en referencia, ha de indicar la Colegiatura que contrario a lo referido en la alzada, en el presente caso no se ha configurado un hecho superado, pues aunque se encuentra acreditado que a la demandante la fue aprobada su solicitud de portabilidad para el municipio de Jardín Antioquia, con cobertura del 25 de agosto de 2022 al 25 de agosto de 2023, como emana de la comunicación emitida por la encartada, obrante en la carpeta 3 del expediente digital, y asimismo, el *A quo* constató que a la actora ya le fueron realizadas 5 sesiones de terapia física,

lo cierto es que, no se advierte concretada la totalidad de la orden médica que sobre dichas terapias emitió su médico tratante.

Ello es así, porque conforme a historia clínica de fecha 28 de octubre de 2022, el galeno Mateo Vélez Jaramillo le ordenó a la activa 10 sesiones de terapia física integral por el diagnóstico gonartrosis no especificada (paginas 8 a 10 archivo 1 del expediente digital), no pudiendo la Sala de Decisión concluir, como lo pretende la recurrente, que en el presente caso, la demandada dio cumplimiento integral a la orden médica referenciada, porque a pesar que así lo indica en su alzada, lo cierto es que no allega ningún medio de convicción adicional a las documentales obrantes en el proceso, que permitan advertir que a la demandante ya se le realizaron las 5 sesiones de terapia física restantes, o que por lo menos, estas le fueron autorizadas o programadas, pues únicamente se encuentra la afirmación de la activa, realizada ante la primera instancia vía telefónica, según la cual, se han cumplido solamente 5 sesiones de tal servicio.

Puestas así las cosas, la parte demandada no acredita el cumplimiento de su obligación, en los términos pedidos por la demandante con respaldo en la orden emitida por su médico tratante, y en esa medida, no se configuran los presupuestos previstos por la jurisprudencia anteriormente citada, para considerar, se insiste, que en *sub judice* se ha configurado el hecho superado, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en su integridad.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

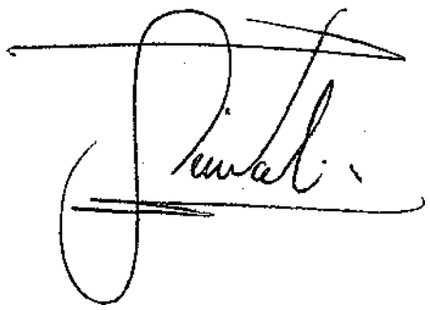
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2022-001288 del 15 de diciembre de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

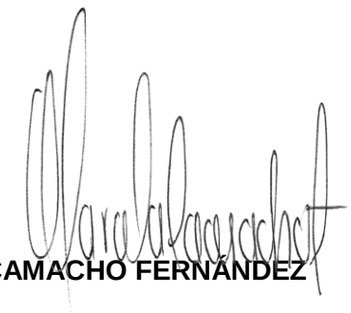
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-001-2020-00065-01
DEMANDANTE:	MANUEL ALBERTO ARCHILA
DEMANDADO:	IATAI SHARE SERVICE CENTER S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 3 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Sanción Moratoria
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MANUEL ALBERTO ARCHILA** contra **IATAI SHARE SERVICE CENTER S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-001-2020-00065-01.**

AUTO

Por reunir los presupuestos establecidos en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia allegada por el abogado Ronald Wilmar Rodríguez Bayona, al poder otorgado por Iatai Share Service Center S.A.S.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1º de octubre de 2013 al 7 de enero de 2020; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de las cesantías e intereses a las cesantías correspondientes al año 2016, la sanción por no consignación de cesantías, la sanción moratoria, la indexación y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para desempeñarse en el cargo de Claims Coordinator; que la relación laboral se mantuvo del 1º de octubre de 2013 al 7 de enero de 2020; que su último salario ascendía a $2.499.000; que la entidad no le canceló las cesantías del año 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada se opuso a todas las pretensiones con excepción de la declaratoria del contrato de trabajo y, como argumentos de defensa, expuso que no realizó el pago de las cesantías en el año 2016 por cuanto no contaba con los recursos económicos para hacerlo; no obstante, el 13 de febrero de 2020 procedió a realizar el pago correspondiente ante el Fondo de Cesantías COLFONDOS S.A., por valor de $1.950.000.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Improcedencia de la indemnización por falta de pago, improcedencia de un fallo ultra y extra petita, prescripción, improcedencia de costas y agencias en derecho.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de noviembre de 2022, declaró que entre el demandante y la demandada existió un contrato a término indefinido del 1º de octubre de 2013 al 7 de enero de 2020, con una última asignación salarial de $2.499.000; condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de $90.155.000, por concepto de sanción por no consignación de cesantías causada del 16 de febrero de 2017 hasta el 7 de enero

[1] Fs. 13-18 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 42-46 Archivo 01 Expediente Digital

de 2020; absolvió de las restantes pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de pago y condenó a la pasiva en costas procesales.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, que debía aplicar la confesión presunta respecto todos los hechos de la demanda, por ser susceptibles de confesión, ante la incomparecencia injustificada del representante legal de la demandada a absolver interrogatorio de parte. Asimismo, que no existía controversia respecto la relación laboral y el último salario devengado por el actor. Respecto la sanción por no consignación de cesantías, sostuvo que, como quiera que la demandada solo acreditó la consignación de las cesantías de 2016 para febrero del año 2020, debía ser condenada al pago de la sanción, por cuanto no encuadra dentro de la buena fe la mera afirmación de que no realizó el pago porque tenía problemas económicos, pues no presentó ninguna prueba para demostrar esa circunstancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada recurrió el fallo en lo que respecta a la sanción por no consignación de cesantías y, como sustento de la alzada, argumentó que la entidad si realizó el pago de las cesantías de forma oportuna, pues no se puede obviar que la empresa estaba atravesando por una calamidad de índole económico para el momento en que se generaron las cesantías de 2016, lo cual se puso en conocimiento del demandante en su oportunidad, por lo cual se configuró una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, pues no estaba en posibilidad de prever que iba a estar incursa en una crisis económica que le iba a imposibilitar el pago de dicha prestación. Agregó, que cuando finalizó el contrato de trabajo canceló al actor todas sus acreencias, quedando a paz y salvo por todo concepto, por lo cual no se le puede imponer una sanción de tal magnitud, debido a que no se acreditó la mala fe, ya que como lo confesó el actor en el interrogatorio de parte, era conocedor de la crisis económica por la que estaba atravesando la empresa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite el* determinar; si resulta procedente condenar a la demandada al pago de la sanción moratoria por no consignación de cesantías.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo entre las partes del 1º de octubre de 2013 al 7 de enero de 2020.

Para resolver el problema jurídico planteado, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por no consignación de cesantías impuesta a la demandada, se tiene que el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el cual dispone que: "*El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo*." (Subrayas de la Sala).

Frente a esta indemnización, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado reiteradamente, en los siguientes términos.

> *"El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por no consignación de cesantías, consistente en un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para depositar este rubro en el fondo seleccionado por el trabajador; esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio.*
>
> *De considerarse procedente, se contabiliza hasta cuando se efectúe la consignación de cesantías de los períodos adeudados al fondo al que se encuentre afiliado o seleccione el trabajador o, en su defecto, hasta la fecha de la finalización del vínculo laboral, toda vez que a partir de este momento surge la obligación a cargo del empleador de pagar las cesantías definitivas y empieza a correr la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. No es admisible la concurrencia simultánea de una y otra indemnización.*

> *En relación con las indemnizaciones mencionadas, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario analizar si el empleador actuó de buena fe al resistirse a reconocer al trabajador los derechos laborales que contempla el ordenamiento jurídico. Además, para su análisis no hay lugar a supuestos o esquemas de razonamiento absolutos, sino a estudiar básicamente si está acreditado que el empleador tenía una firme y razonable convicción de que el vínculo era distinto al laboral (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL1430-2018).”* (Sentencia SL3528-2022).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la CSJ, las sanciones moratorias dispuesta en la legislación laboral no operan de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria y, en consecuencia, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, pero es a este a quien le corresponde demostrar que su conducta omisiva estuvo asistida de buena fe (Sentencia SL4256-2022).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que obrar de buena fe equivale a “*obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud* (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 agosto 2016, rad. 45175)”

En el caso bajo estudio, la demandada aportó constancia de la consignación de las cesantías del señor MANUEL ALBERTO ARCHILA, correspondientes al año 2016, que debían ser consignadas a más tardar el 14 de febrero de 2017, solo hasta el 13 de febrero de 2020, como se muestra a continuación (f. 35 Archivo 03 ED):

PLANILLA REPORTE DE

Colfondos

Fondo de Cesantías
NIT. 800.198.644-5

Número de Planilla 777092497

(415)7709998005372(8020)777092497

Fecha	2020-02-13	**Período**	2016
Número de Afiliados	1		

Datos del empleador

Número de Identificación	00900283026	**Tipo de Identificación**	NIT	**Correo Electrónico**	SARANA@IATAI.COM
Razón Social	IATAI ANDINA S.A.S	**Dirección**	CL 70 7 40 BR QUINTA CAMACHO		
Ciudad	BOGOTÁ, D.C.	**Teléfono**	6051717		
Departamento	BOGOTÁ D.C.	**Fax**			

Datos de los trabajadores

No.	Documento De Identificación No.	Primer Apellido	Segundo Apellido	Primer Nombre	Segundo Nombre	Valor Consignado Por Afiliado
1	80,236,278	ARCHILA	DELGADO	MANUEL	ALBERTO	$1,950,000.00
					Total planilla	$1,950,000.00

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías - Sociedad administradora de fondos de pensiones y de cesantía

El recurrente sostiene que debe considerarse que la consignación de la prestación en la fecha antes indicada corresponde a un pago es oportuno, por cuanto no puede obviarse que la empresa estaba atravesando una crisis económica, que no estaba en la posibilidad de prever y que era conocida por el demandante, motivo por el cual existía una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que imposibilitó al empleador cumplir con su obligación legal.

Respecto lo argüido por el recurrente, de antaño la jurisprudencia especializada laboral ha recabado que las crisis económicas que pueda sufrir el empleador no tienen la contundencia para suponer su buena fe y de esa manera exonerarlo de la sanción analizada. Así lo reiteró en Sentencia SL3159-2019, en la que sostuvo:

> *"(…) los argumentos que destacó el ad quem para no imponer* ***la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello*** *(…)"* (Subrayas de la sala)

Y es que el empleador debe prever la ocurrencia de diversas situaciones económicas alrededor de su esfera de negocios, efectuando reservas para el pago de salarios y prestaciones de sus trabajadores, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 28 CST, es claro que los trabajadores no tienen por qué soportar las consecuencias derivadas de las pérdidas, insolvencia o quiebra de los empleadores.

Tampoco puede considerarse que un empleador se ubica dentro del marco de

la buena fe por el hecho de informarle a los trabajadores que no les pagará las prestaciones a las que tienen derecho bajo el argumento de una dificultad económica. Aunado que, en este caso, la parte demandada se limitó a esgrimir la supuesta crisis financiera sin explicar a ciencia cierta en que consistió la misma o cuales fueron sus causas, por lo que mal haría la Sala en considerar que se configura una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito como eximente de la sanción moratoria.

Asimismo, la pasiva no solo no explicó cuál era el origen de la aducida crisis económica, sino que no aportó al plenario ninguna prueba de la misma. Por el contrario, lo que, si está plenamente demostrado, es que la entidad solo concurrió a la consignación de las cesantías del año 2016, que se itera, lo fue el 13 de febrero de 2020, cuando tuvo conocimiento de la demanda que dio origen al presente proceso, la cual fue presentada, el 29 de enero de 2020 (f. 20 Archivo 01 ED), aspecto que bajo ninguna óptica puede ser considerado como de buena fe y mucho menos un pago oportuno.

En ese sentido, tal como lo consideró el A quo, no encuentra la Sala un solo argumento que justifique la consignación de las cesantías del año 2016 solo hasta febrero de 2020, siendo esa carga de la prueba de la demandada, quien debía acreditar con suficiencia que la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones para con su ex trabajador estaba enmarcada dentro de los postulados de la buena fe, pero como quiera que no cumplió con esa carga procesal, no podría colegirse, como lo pretende el recurrente, que existen razones de hecho y de derecho para eximir a la entidad del pago de la sanción moratoria.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

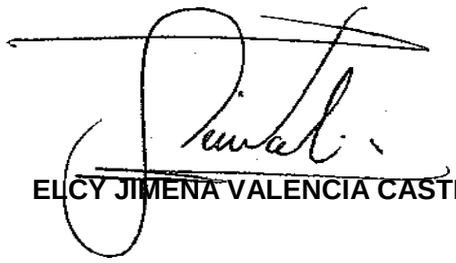
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-004-2019-00887-01
DEMANDANTE:	BERNARDO GUARÍN HERRERA
DEMANDADO:	SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A y VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 5 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes contra la sentencia del 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BERNARDO GUARÍN HERRERA** contra **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. y VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO**, con radicado No. **11001-31-05-004-2019-00887-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de agosto de 2012 y el 30

[1] Fs. 3-18 Archivo 01 Expediente Digital

de junio de 2019; como consecuencia de ello, solicita se condene a la demandada al pago de dos salarios correspondientes al periodo de prueba y capacitación, el trabajo suplementario de media hora diaria laborada durante toda la vigencia de la relación laboral debidamente indexado, las cesantías conforme al salario real devengado, los intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, recargo por tiempo suplementario, aportes faltantes al fondo de pensiones; la cancelación de la parte de salario descontado; la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, sanción moratoria, indexación, lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la relación laboral inició el 4 de agosto de 2012 con el curso de capacitación e inducción para operar vehículos articulados que prestan servicio a TRANSMILENIO y suscribió contrato de trabajo el 4 de octubre de 2012 para desempeñarse como operador de bus articulado, cumpliendo un horario de 8.5 horas diarias 51 semanales de manera ininterrumpida hasta el 30 de junio de 2019, con contrato a término fijo que se convirtió a término indefinido, durante el cual devengó la suma de $1.192.600 más una bonificación por $304.300.

Que el contrato de trabajo terminó sin justa causa y se pagaron por menor valor las prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, así como los aportes a seguridad social al no pagar los recargos de tiempo suplementario y descontar del salario real el bono o beneficio no prestacional.

El 27 de agosto de 2019 los demandados consignaron en la cuenta de ahorros del demandante la liquidación final del contrato laboral, 48 días después de su terminación y reconocieron un auxilio por retiro por $566.592

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones de la demanda y negó los supuestos fácticos planteados como fundamento.

[2] Fs. 2-18 Archivo 04 y fls. 2 a 9. Archivo 05Expediente Digital

Por su parte el demandado **VÍCTOR RAUL MARTÍNEZ PALACIO** se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que no le constan los hechos enunciados en ella.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de septiembre de 2022, declaró que entre el demandante y la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. existió un vínculo laboral entre el 4 de octubre de 2012 y el 30 de junio de 2019, inicialmente mediante un contrato a término fijo por 3 meses y luego con un contrato de obra. Condenó a la sociedad demandada al pago de la suma de $3.366.039,82 por concepto de indemnización moratoria y la absolvió de las demás pretensiones. Absolvió al demandado VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO de todas las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la sociedad demandada a favor del actor y a éste al pago de las costas en favor del señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que no existió relación laboral con el señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO por lo que negó las pretensiones de la demanda respecto de este demandado. Declaró que entre la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. y el demandante existió una relación laboral conforme a las pruebas documentales, a partir del 4 de octubre de 2012 inicialmente mediante contrato a término fijo y posteriormente mediante contrato de obra, conforme al otrosí suscrito entre las partes el 23 de mayo de 2018, hasta su terminación el 30 de junio de 2019. No dispuso la condena establecida en el artículo 64 de C.S.T., ni la reliquidación de las prestaciones sociales por trabajo suplementario, toda vez que consideró que la terminación del contrato se dio por la finalización de la obra o labor contratada. Señaló que no se aportaron pruebas de la prestación del servicio durante media hora diaria para disponer el pago del trabajo suplementario y en cuanto a la indemnización moratoria, dispuso el pago de esta, por cuanto la liquidación final de prestaciones fue cancelada el 27 de agosto de 2019 no obstante que la relación laboral había finiquitado el 30 de junio del mismo año; ya que la demandada no acreditó haber realizado gestiones que justifiquen la mora en el pago de la liquidación final de las prestaciones sociales.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la media hora de trabajo suplementario diario, existió como parte de la jornada de trabajo que el operador cumplió durante la vigencia de su contrato laboral bajo un horario de trabajo programado y determinado, que no fue cancelada por el empleador, como lo declaró el testigo en el proceso; por lo que debe primar la realidad sobre las formas.

En cuanto al salario real devengado, señaló que no se tuvo en cuenta como factor salarial la bonificación, argumentando lo establecido en el artículo 4º del contrato de trabajo, lo que considera lejano de la realidad, ya que el actor recibió dicho dinero por su trabajo y por tanto correspondía a la prestación del servicio y no a la mera liberalidad del empleador por lo que constituye factor salarial, razón por la que procede la indemnización moratoria hasta el momento en que se efectué el pago total de las prestaciones del trabajador. En relación con la terminación del contrato sin justa causa, manifiesta que fue un acto unilateral del empleador, ya que el otrosí se efectuó de mala fe pues la demandada conocía que la licitación terminaba el 30 de junio de 2019 y el otrosí tuvo como finalidad no indemnizar a los trabajadores; además, el trabajador fue engañado pues le informaron que continuaría laborando.

La parte demandada interpuso el recurso de apelación respecto de la condena al pago de la indemnización moratoria, para lo que argumentó que no existió mala fe, pues para el momento de los hechos se terminaron más de 500 contratos y se liquidó la empresa, lo que ocasionó la demora en el pago de la liquidación de prestaciones sociales al actor, como se encuentra probado en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite el* determinar si resulta procedente condenar a la demandada al pago de la reliquidación de las acreencias laborales reclamadas, teniendo en cuenta el trabajo suplementario diario y el pago de la bonificación como factor salarial, así como la procedencia de la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T. y la indemnización moratoria correspondiente al 65 del C.S.T., punto éste último que es objeto de inconformidad por ambas partes.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo entre las partes, por lo que se procede al estudio de las demás inconformidades planteadas por las partes.

Considera la parte actora que se deben reliquidar las prestaciones sociales del actor tomando en cuenta para ello el trabajo suplementario (meda hora diaria) y la bonificación pactada como factor no salarial en el contrato de trabajo. Así mismo se imponga condena por terminación unilateral del contrato de trabajo y la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones con inclusión del trabajo suplementario y la bonificación recibida por el trabajador.

Para resolver el problema jurídico planteado, en lo que tiene que ver con la reliquidación de prestaciones sociales, se revisa el caudal probatorio a fin de establecer en primer lugar el trabajo suplementario de media hora diaria que argumenta la parte actora, laboró durante toda la relación laboral.

Como prueba del horario de trabajo, se allegaron con la demanda varios certificados, entre ellos el que obra a folio 41 del archivo 1, expedido por la Gerente de Gestión Humana de SI99 S.A. el 1º de julio de 2019, en el que se indican además de los extremos de la vinculación laboral, que el trabajador tenía "**una jornada semanal de 48 horas",** lo que se corrobora en las certificaciones

expedidas el 5 de enero de 2018, el 30 de septiembre de 2017, 5 de enero de 2016, 15 de abril de 2015 y 1º de octubre de 2014 (fs. 42 a 46 del mismo archivo) y el aportado por la parte demandada e igualmente allegado por el actor, expedido el 1º de julio de 2019 (f.111 archivo 04).

En igual sentido, se observa que en la cláusula cuarta del contrato de trabajo (f. 5 archivo 14), se pactó que el trabador se obligaba a laborar la jornada máxima legal de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) a la semana. No aportó el actor, la documental correspondiente a la programación y aprobación de turnos para la prestación del servicio que permita concluir que, contrario a lo indicado en las certificaciones allegadas por el mismo demandante, había prestado sus servicios durante toda la relación laboral por un tiempo suplementario de media hora diaria, lo que le correspondía demostrar

En cuanto al testimonio que argumenta la parte actora en su recurso como fundamento de la alzada; el señor ENRIQUE ALEJANDRO MOLANO RODRÍGUEZ, contra quien se propuso tacha de sospecha por llevar un proceso similar al aquí adelantado, manifestó sobre el particular que los hacían ingresar a la empresa media hora antes, porque el Ingeniero les entregaba el número del móvil y tenían que ir a buscarlo y revisarlo para salir en óptimas condiciones; sin embargo, esta manifestación no permite establecer que tuvo un conocimiento directo de la prestación por parte del demandante de esa labor diaria durante toda la relación laboral, pues el mismo testigo menciona que tenían turnos en horarios diurnos, nocturnos e incluso uno que llama “horario flexible”. Aunado a lo anterior, el testigo no ofrece credibilidad, toda vez que al inicio de su declaración manifestó que no había escuchado lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte (minuto 38:15) y más adelante, al responder una de las preguntas formuladas, manifestó; “…como lo dijo Bernardo…” (minuto 42:28), lo que motivó el llamado de atención por parte del juez.

Así las cosas, al no encontrarse determinada la prestación del trabajo suplementario no le asiste razón a la parte recurrente respecto a la condena solicitada, pues debía demostrar específicamente los días y horas en que realizó el trabajo suplementario, pues no es dable al fallador hacer suposiciones al respecto y en consecuencia se mantiene la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada por este concepto.

En relación con la bonificación como factor salarial, se tiene que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. El salario es la contra prestación patrimonial que recibe el trabajador por el trabajo subordinado. Por su parte, el artículo 128 ibídem, establece: *"No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."*

Las partes tienen la posibilidad de acordar libremente qué conceptos, beneficios, bonificaciones u auxilios, habituales u ocasionales, pueden o no constituir salario. Sin embargo, la jurisprudencia ha marcado los lineamientos para determinar si efectivamente un factor es salario, entre otras en la sentencia SL SL5159-2018 donde señala: *"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada"*.

Conforme a lo anterior, debe analizarse en cada caso en particular si un pago es o no factor salarial, pues por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio y que previamente haya sido acordado como factor no salarial. Lo anterior, hace relación al hecho de que el empleador se encuentra en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales.

Se advierte en este caso que en el contrato de trabajo (archivo 14 f. 4) se establece en el Parágrafo 3º de la cláusula 3ª lo siguiente: *"Beneficio no prestacional y su regulación. 1) las partes EMPLEADOR y TRABAJADOR en forma expresa acuerdan una prerrogativa que podrá otorgarse siempre y cuando el EMPLEADOR así lo decida o lo pueda ejecutar de acuerdo a (sic) las condiciones empresariales que se presenten en cada comento. Lo anterior se traduce en una suma de dinero que corresponde a la cantidad de hasta TRESCIENTOS OCHO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE ($308,700,oo), que se entregarán como beneficio no constitutivo de salario de acuerdo a lo permitido por la Ley 50 de 1990, que se determinará mediante el cumplimiento de los parámetros que establezca la organización y se cancelarán mensualmente si se consolidó el derecho siempre y cuando se cumplan las metas que se encuentran determinadas en los numerales 1 a 3 y en específico en el numeral 3º…"*

El citado numeral, fija 6 puntos o parámetros para el reconocimiento de dicho beneficio así: Cumplimiento de las reglas establecidas por Transmilenio (30%); protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%); cumplimiento de las reglas de convivencia (15%); cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%); cumplimiento de los aspecto propios de la naturaleza del cargo y señala que el incumplimiento por parte del trabajador de alguno de estos aspectos afecta porcentualmente su prerrogativa no salarial.

En cuanto a la existencia y validez del pacto de exclusión, está acreditada la existencia del pacto de exclusión celebrado entre las partes, el cual, consistió en acordar que, el bono se entregaría cuando el trabajador cumpliera los requisitos allí establecidos de conformidad con artículo 128 del CST.

Ahora bien, la bonificación pactada está ligada al cumplimiento de unos requisitos adicionales a la prestación del servicio de "operador de bus articulado", toda vez que podía ser reconocida en forma parcial, dependiendo del porcentaje establecido para cumplimiento de cada uno de estos requisitos, como lo determina el citado artículo, razón por la que no puede considerarse como factor salarial, pues no depende de la prestación del servicio, sino de unos requisitos adicionales a éste, entre los que se encuentra el cumplimiento de las reglas establecidas por TRANSMILENIO, es decir, por la entidad con la que se hizo la licitación y no por su empleador, lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral avala, pues establece que las partes de una relación de trabajo, pueden en virtud del principio de autonomía de la voluntad acordar que un determinado rubro no sea tenido como factor salarial para efectos de liquidación de algunas acreencias laborales, sin que ello implique un menoscabo a los derechos de los trabajadores, en los casos en que la bonificación, como en este caso, no sea retributiva del servicio que se presta por el trabajador sino que se otorga por el cumplimiento de unos requisitos adicionales, razón por la que se mantiene la decisión absolutoria tomada en la sentencia recurrida.

En relación a la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., se encuentra demostrado en el proceso, que inicialmente el contrato se pactó a término fijo y posteriormente se suscribió un otrosí para migrar el contrato a uno de labor determinada. En el mismo documento, se indica que el empleador procedió en cumplimiento de ley al preaviso mediante escrito del 3 de agosto de 2018, entregado con 34 días de antelación, reportando la finalización del contrato el 3 de octubre de 2018 y que por presentarse la terminación de la concesión para la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros en el Sistema de Transmilenio, proyecto al que se había vinculado al empleado, entraba la empresa en una fase de contingencia, por lo que previo acuerdo con el empleado, se migró el contrato a término fijo por uno de labor determinada. Igualmente, se dejó constancia que el empleado era consciente y conocía de la situación y en consecuencia, a partir del 1º de septiembre de 2018, las partes acordaron que el término o periodo de duración del contrato estaría atado a la duración de la labor de operador de bus articulado de acuerdo con las necesidades derivadas del proyecto de concesión para la prestación del servicio de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema de Transmilenio, como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1999. (fs. 61 a 63 Anexo 4).

Este contrato de obra o labor terminó el 30 de junio de 2019 conforme a la comunicación que obra a folio 108 del anexo 4.

Es necesario resaltar, que en concordancia con las pruebas mencionadas, el contrato a término fijo había terminado válidamente el 3 de octubre de 2018 y dada las necesidades de la empresa para el cumplimiento del contrato suscrito con Transmilenio, se dio la suscripción del otrosí para que el actor continuara prestando sus servicios mientras finalizaba la licitación, lo que no le resta validez al acuerdo pactado, ni fue objeto de la demanda, ya que en relación con el engaño que se menciona en el recurso, ello no fue manifestado en la demanda, pues en el hecho 5, indica que se suscribió un contrato a "término fijo", que se convirtió a "término indefinido" y nada mencionó respecto al otrosí suscrito entre las partes; además, no se allegó prueba alguna en relación con el engaño que se plantea en el recurso.

En consecuencia, tampoco procede condena alguna por concepto de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T.

Ahora, en cuanto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, que fue objeto de apelación por ambas partes, conforme a reiterada jurisprudencia, esta no opera de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, pero es a este a quien le corresponde demostrar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe (Sentencia SL4256-2022).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que obrar de buena fe equivale a "*obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una*

suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 agosto 2016, rad. 45175)"

Sobre esa buena fe, también ha explicado la Sala Laboral de la Corte, es la de que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando se advierta que está ausente de cualquier intención en perjudicar patrimonialmente al trabajador (Sentencia CSJ, 9 mayo 2006, rememorada en la del 24 de enero de 2012, rad. 36447).

En el caso bajo estudio, el recurrente demandado alega que no dejó de cancelar las prestaciones sociales al demandante producto de su mala fe, sino porque debió terminar un número alto de contratos de trabajo y se liquidó la sociedad. Sin embargo, los argumentos de la apelante no resultan con la identidad suficiente para revocar la sanción moratoria impuesta por la primera instancia, pues nada se observa respecto a la imposibilidad de efectuar el pago correspondiente por la terminación de un alto volumen de contratos de trabajo o de la liquidación de la empresa, pues no se allegó prueba respecto a que la liquidación de la empresa le impidiera realizar los trámites presupuestales para el pago; además, en tal caso debía dársele prevalencia, por tratarse de un crédito laboral; prueba que correspondía a la demandada allegar, toda vez que era quien debía acreditar con suficiencia que la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones para con su extrabajador estaba enmarcada dentro de los postulados de la buena fe para eximirla del pago de la sanción moratoria, razón por la que se mantiene la decisión tomada por el A quo.

En cuanto a los argumentos de la parte actora en relación con este concepto, no pueden ser tenidas en cuenta, toda vez que no prosperaron las pretensiones relacionadas con el trabajo suplementario y el factor salarial de la bonificación para dar lugar a ella.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Sin costas en esta instancia, toda vez que, si bien no prosperaron los recursos de apelación para ninguna de las partes, se hace innecesario imponer una condena recíproca e igual a cada una de las partes.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

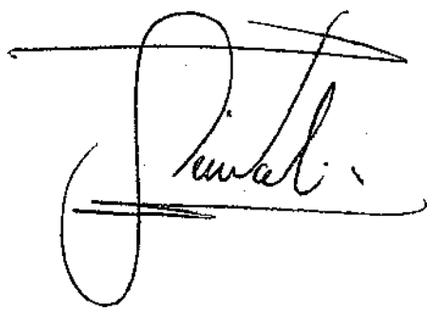
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN





ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-004-2020-00266-02
DEMANDANTE:	JOHN MAURICIO OLMOS RAMÍREZ
DEMANDADO:	CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC
ASUNTO:	Consulta Sentencia 8 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión especial de vejez por alto riesgo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia del 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **JOHN MAURICIO OLMOS RAMÍREZ** contra la **CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC,** con radicado No. **11001-31-05-004-2020-00266-02.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, en cuantía no inferior al 75% del promedio salarial, a partir de la semana 1.029, es decir, de septiembre de 2007; en consecuencia, se condene a la pensión, en la suma que se estime probada, en aplicación de la sentencia C-093 de 2017, el Decreto 60 de 1.973 y las normas que lo regulen, junto con los intereses, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que ha laborado y cotizado como aviador civil con las empresas Intercontinental de Aviación, desde el 7 de agosto de 1987 hasta junio de 2.000, y en Aerorepública-Copa Airlines Colombia, desde junio de 2.000 a la fecha, con asignaciones que fluctúan entre $80.000 hasta el actual salario de $12.000.000 en promedio; además es beneficiario de los Laudos Arbitrales pactados desde el año 1998, junio de 2001, octubre de 2002, abril de 2005 y s.s. Que a la fecha ha cotizado 1.578 semanas y ha estado afiliado a la demandada desde el 7 de agosto de 1.987. Que en su actividad, ha prestado servicios como piloto, la cual se considera de alto riesgo, conforme al artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, en concordancia con el artículo 3º del Decreto 723 de 2013, el artículo 26 del Decreto 1295 de 1994 y artículo 2º del Decreto 1607 de 2002. Que el trabajo no solo ha afectado su salud, la cual continúa agravándose al negársele su retiro por no reconocerle la pensión. Que a la fecha tiene más de 20 años de servicios y 53 años. Que el 6 de diciembre de 2017 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la prestación, en virtud de la sentencia C-093 de 2017, la cual le fue negada mediante comunicación del 3 de abril de 2018, decisión que fue confirmada el 30 de mayo de 2018.

[1] Páginas 1 a 12 Archivo 01 y 3 a 12 Archivo 03 del Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa sostuvo, en síntesis, que la única fuente legal que actualmente consagrada las pensiones de alto riesgo es el Decreto 2090 de 2003, en cuyo artículo 2º no se incluyó la profesión de los aviadores civiles como actividad de alto riesgo, acotando que en sentencia C-093 de 2017, la Corte Constitucional se declaró inhibida respecto de la demanda presentada en contra de dicho artículo y del artículo 1º de la normatividad *ejusdem*. Añadió que el convocante tampoco cumple los requisitos del régimen de transición previsto en el Decreto 1282 de 1994, ni mucho menos las condiciones previstas en dicha norma, para las pensiones especiales transitorias de los aviadores civiles.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, inexistencia de régimen de alto riesgo para aviadores civiles, interpretación subjetiva de la sentencia C-093 de 2017, buena fe, imposibilidad de despachar intereses de mora contra Caxdac, sostenibilidad financiera de Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Acdac Caxdac y cotización adicional a cargo de las empresas empleadoras.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de noviembre de 2022, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que en el Decreto 2090 de 2003 se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, las cuales fueron definidas de manera taxativa por el legislador en el artículo 2º de la normatividad *ejusdem*, dentro de las cuales no se encuentra

[2] Páginas 3 a 40 Archivo 06 del Expediente Digital

establecida la aviación, y por ende, quienes ostentan la calidad de pilotos no son beneficiarios de esa pensión. Dijo que contario a lo indicado por el demandante, el Decreto 723 de 2013 no define la aviación como una actividad de alto riesgo, ni tampoco se aplica a los pilotos, puesto que estos no se desempeñan en virtud de un contrato de prestación de servicios o como dependientes, ya que siempre son vinculados mediante contratos de trabajo; así mismo, advirtió que el artículo 2º del Decreto 723 de 2013 asimila a los pilotos para efectos de su afiliación en riesgos laborales, pero de ninguna manera modifica las actividades de alto riesgo estipuladas en la única norma vigente, que se *itera*, es el Decreto 2090 de 2003.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod. Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,*

si el convocante tiene o no derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

CONSIDERACIONES

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., probanzas de las cuales se colige, que JOHN MAURICIO OLMOS RAMÍREZ nació el 17 de febrero de 1965 (página 80 archivo 01 ED), contando al 1º de abril de 1994 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - con 29 años; asimismo, registra tiempos laborados sin cotizaciones a CAXDAC en la empresa Inter en Liquidación, del 7 de agosto de 1987 al 30 de marzo de 1994; además, presenta cotizaciones ante la convocada por parte de Inter en Liquidación desde el mes de julio de 1994 hasta el mes de junio de 2000 y por parte de Aerorepúblic, desde junio de 2000 hasta la fecha, como da cuenta la certificación expedida por la entidad aquí demandada (páginas 90 a 91 archivo 01 ED).

ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La pensión peticionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer el señor OLMOS RAMÍREZ actividades de alto riesgo en la prestación personal de sus servicios, conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, como así lo refiere en su escrito de demanda, precepto que de manera textual dispone que *«El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo».*

Normatividad que no puede ser analizada en forma aislada al artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, ya que en este de manera taxativa se estableció que:

«Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes» (Resalta de esta instancia).

Ahora, los artículos 3º y 4º de la norma *ejusdem* señalan como pedimentos para acceder a la prestación pensional especial:

*«**ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ**. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

***ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ.** La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años»

Dando aplicación a las normas en referencia, debe señalar la Sala de manera categórica que una vez analizados los medios de convicción allegados al informativo, no es posible advertir que el actor haya desempeñado alguna de las actividades referenciadas en el artículo 2º de Decreto 2090 de 2003, como para concluir que su situación pensional debe ser dilucidada conforme a la normatividad *ejusdem*, puesto que ninguna de ellas logra probar tiempos de

trabajo en alto riesgo, no siendo suficiente la afirmación de la parte activa en cuanto a que su actividad de piloto o aviador encaja en la definición de labor de alto riesgo prevista en el artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, pues tal análisis no puede desligarse del subsiguiente artículo 2º, que se *itera*, de manera taxativa enlista las actividades que tienen tal catalogación, para efectos de acceder a la pensión especial de vejez allí prevista.

Ahora bien, arguye el demandante que la actividad por él desempeñada, en calidad de piloto o aviador, sí tiene la condición de actividad de alto riesgo conforme a lo previsto en el artículo 26 del Decreto 1295 de 1994, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1607 de 2002 y el artículo 3º del Decreto 723 de 2013.

Frente a lo cual ha de indicarse que, tal posición no resulta atendible por la Sala de Decisión, toda vez que el artículo 26 del Decreto 1295 de 1994 se encarga de establecer las clases de riesgos que permiten clasificar a una empresa de acuerdo con la actividad que desempeña, dentro del Sistema de Riesgos Laborales, a efectos de definir el valor de la cotización que debe asumir, de acuerdo al tipo de riesgo al que pertenece.

Aunado a ello, el artículo 2º del Decreto 1607 de 2002, establece la tabla de clasificación de actividades económicas, en la cual se define entre otras cosas, la clase de riesgo a la que cada una pertenece; así, a manera de ejemplo, frente a las actividades económicas *"TRANSPORTE REGULAR NACIONAL DE PASAJEROS, PORVIA AEREA INCLUYE SOLAMENTE EMPRESAS DEDICADAS A LAS EMPRESAS DE TRANSPORTESAEREOS DE PASAJEROS, DE MERCANCIAS, EXCEPTO PERSONAL DE OFICINAS"* y *"EMPRESAS DEDICADAS AL TRANSPORTE REGULARINTERNACIONAL DE PASAJEROS, POR VIA AEREA"*, la norma en comento, prevé que pertenecen a la clase de riesgo IV, el cual conforme al Decreto 1295 de 1994 corresponde al riesgo alto, pero ello se repite, dentro del Sistema de Riesgos Laborales; por tanto, esa catalogación no implica que la aviación debe ser considerada como una actividad de alto riesgo merecedora de una pensión especial de vejez, dado que se insiste, la misma no se encuentra enlistada en el artículo 2º del Decreto 2090 de 2003.

Lo cual también se concluye, al realizar la lectura del artículo 3º del Decreto 723 de 2013, pues esta norma reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de contrato de prestación de servicios con instituciones públicas y privadas, así como de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo, las cuales en la normatividad *ejusdem*, se asimilan a las actividades correspondientes a las clases IV y V a que hace referencia el Decreto Ley 1295 de 1994 y la clasificación de actividades económicas establecidas en el Decreto 1607 de 2002, todo ello para efectos de la afiliación al Sistema de Riesgos Laborales, pero de ninguna manera ser incluidas en la clasificación de actividades de alto riesgo, consagradas por el legislador para el reconocimiento de la pensión especial de vejez de alto riesgo de que trata el Decreto 2090 de 2003.

Así las cosas, incumplido el requisito esencial para el otorgamiento pensional, esta Colegiatura no puede corroborar si el demandante cumple con los lineamientos del Decreto 2090 de 2003, al no existir ninguna prueba que de fe del desempeño de su parte, de las actividades de alto riesgo allí consagradas, como *requisito sine qua non* para acceder a la pensión especial de vejez deprecada.

Conclusión esta que no sufre ninguna modificación, ni aun tomado en consideración la sentencia mencionada en el *libelo demandatorio*, esto es, la sentencia C-093 de 2017, pues contrario a la interpretación dada por el demandante, en ella, la Corte Constitucional fue clara en referir sobre el juicio de constitucionalidad allí propuesto respecto del artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, que no se encontraron los elementos fácticos y probatorios que den cuenta de la exposición de los aviadores a niveles de radiación ionizantes que reduzcan su expectativa de vida saludable o que hagan necesario su retiro anticipado de la vida laboral, declarándose inhibida para pronunciarse sobre la exequiblidad de tal norma y del artículo 1º del Decreto en referencia.

Ahora bien, analizada la pretensión declarativa primera y el hecho séptimo de la demanda, se advierte que el convocante realmente pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista para los beneficiarios de la transición del régimen pensional especial de los aviadores civiles, pues nótese que ha solicitado expresamente que se le reconozca la prestación en cantidad no inferior al 75% del promedio salarial del último año de servicios, por cuanto tiene más de 20 años de servicios y 53 años para su causación, esto es, la edad suficiente, al generarse el derecho a cualquier edad, lo cual coincide con las condiciones estipuladas en el artículo 4º del Decreto 1282 de 1994, cuyo texto prevé:

> ***"ARTICULO 4o. BENEFICIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION.*** *<Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 1302 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac. Así mismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios (…)".*

Al respecto, baste con advertir que el señor OLMOS RAMÍREZ no tiene derecho a la prestación en referencia, puesto que no cumple las condiciones del régimen de transición establecidas en el artículo 3º del Decreto 1282 de 1.994, esto es, 40 años de edad si son hombres al 1º de abril de 1.994 o haber cotizado o prestado servicios durante 10 años o más, pues a dicha data, el actor contaba con 29 años, conforme a la copia del registro civil de nacimiento (página 80 archivo 01 EP), y había prestado sus servicios sin cotización por 6 años, 7 meses y 23 días, al servicio de Inter en Liquidación, como así lo certificó Caxdac en la comunicación visible a página 90 del archivo 01 del ED.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

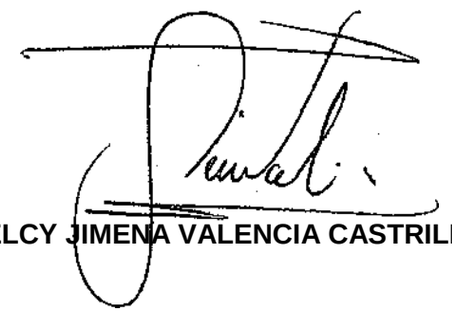
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-004-2020-00452-01
DEMANDANTE:	CARLOS ANDRÉS VARGAS DÁVILA
DEMANDADO:	MESSER COLOMBIA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 23 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia del 23 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ANDRÉS VARGAS DÁVILA** contra **MESSER COLOMBIA S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-004-2020-00452-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de abril de 2009; la ineficacia del acuerdo de terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 21 de febrero de 2020; se declare que el actor al momento de dicho acuerdo estaba

[1] Fs. 5-8 Archivo 01 Expediente Digital

amparado por el fuero a la Salud y que la terminación antes referida se produjo sin autorización del Ministerio del Trabajo y/o el Juez Laboral. Como consecuencia de ello, se condene de manera principal a la demandada al reintegro del actor en un cargo que se adapte a sus condiciones de salud sin solución de continuidad; asimismo al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás garantías legales y extralegales compatibles con el reintegro desde el 21 de febrero de 2020 y hasta el momento en que se materialice la reinstalación al cargo. De otro lado, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización establecida en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el pago de intereses moratorios. De manera subsidiaria, pide el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa (Art. 64 C.S.T.) y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales (Art. 65). Finalmente, como pretensiones subsidiarias a las anteriores, solicita el reconocimiento y pago de la bonificación por valor de $66.946.959 contenida en la cláusula cuarta del acuerdo de terminación contractual. Como pretensiones comunes a las anteriores, pide la indexación de todos los valores adeudados por la demandada, el uso de las facultades ultra y extra petita y el reconocimiento y pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la relación laboral inició el 1 de abril de 2009 a través de un contrato a término indefinido para desempeñar el cargo desempeñado de Ingeniero zonal de instalaciones con un salario promedio que ascendió a la suma de $12.952.551 mensuales.

En el año 2018, al actor le fue diagnosticado un cáncer testicular por lo que fue sometido a arquidectomìa y control médico continuo. Luego, el 11 de febrero de 2020 fue diagnosticado con un nuevo tumor testicular.

El 21 de febrero de 2020, la demandada presentó un acuerdo de terminación de contrato con alcance de Transacción Laboral en el cual se estableció que su objeto era "*precaver extrajudicialmente cualquier controversia o discusión que pueda presentarse con ocasión a la celebración, desarrollo y/o terminación del contrato de trabajo*", y en el mencionado acuerdo, la demandada estableció el pago de la suma de $66.946.959 a favor del actor, pagaderos siempre y cuando el contrato de transacción fuera elevado a conciliación laboral.

El 5 de marzo de 2020, al conocer el diagnóstico de su enfermedad y las consecuencias de la decisión de terminar el vínculo laboral, el actor decidió abstenerse de continuar el procedimiento para la validación del contrato de

transacción, lo cual le comunicó al abogado de la empresa; por lo que en dicha calenda, la demandada le comunicó formalmente la terminación del contrato de trabajo de mutuo acuerdo el 21 de febrero de 2020 y la decisión del trabajador de renunciar al pago de la suma acordada en el contrato de transacción; sin embargo, dicho acuerdo vulneraba sus derechos fundamentales, situación que lo motivó a no aceptar la imposición de la empresa.

La demandada conocía las condiciones de salud del trabajador, sin embargo, no solicitó autorización al Ministerio del Trabajo para culminar la relación laboral en los términos de la Ley 361 de 1997, lo que activa la presunción de que fue despedido sin justa causa.

Indicó, finalmente que, a la fecha la demandada no ha realizado el pago de prestaciones sociales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada **MESSER COLOMBIA S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones de la demanda a excepción de la declaratoria de la relación laboral y negó todos los hechos narrados, salvo el relacionado al cargo desempeñado por el actor.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 23 de septiembre de 2022, declaró que entre el demandante y la sociedad MESSER COLOMBIA S.A. existió una relación laboral mediante contrato a término indefinido desde el 1 de abril de 2009 hasta el 21 de febrero de 2020. Declaró la ineficacia del acuerdo transaccional celebrado entre las partes el 11 de febrero de 2020, por lo que condenó a la demandada al pago de $41.465.067 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, así como al pago de la indemnización moratoria en la suma de $182.003 diarios desde el 22 de febrero de 2020 hasta el 8 de junio de 2020, para un total de $23.296.392. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada en la suma de 4 SMLMV.

[2] Fs.84 a 138 Archivo 06 Expediente Digital

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que no existió discusión respecto al vínculo laboral suscrito entre las partes, el salario percibido y el cargo desempeñado. Ahora bien, respecto de la estabilidad laboral reforzada explicó que el soporte médico allegado al plenario fue confrontado en el interrogatorio de parte del actor, en el que se da cuenta de una cirugía de carácter ambulatorio a la que se sometió en un periodo vacacional, de la cual, indicó que informó a su Jefe directo, sin que exista prueba que así lo demuestre; además, en dicho interrogatorio Vargas Dávila manifestó que su enfermedad no afectó el desarrollo de sus funciones, que no le fueron expedidas recomendaciones o restricciones laborales, y que nunca le fue realizado un dictamen de pérdida de capacidad laboral, por lo que, llegó a la conclusión de que el demandante no se encontraba cobijado con el fuero de salud reclamado.

Respecto del acuerdo de transacción suscrito entre las partes, manifestó que la primera parte del documento, es decir, las primeras cuatro cláusulas se encontraban acordes a la Ley laboral, no obstante, los parágrafos de la cláusula cuarta, en los que se establecen condiciones adicionales para el cumplimiento de lo acordado en el acuerdo transaccional respecto al pago de una suma adicional a las prestaciones no son eficaces y, por ende, no puede ser válido al afectar un derecho cierto e irrenunciable del trabajador, lo que llevó a declarar la ineficacia del acuerdo transaccional.

Como consecuencia de lo anterior y al contrastar el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, consideró que la voluntad del empleador era culminar la relación laboral, por lo que, en este caso, se configuraba un despido sin justa causa.

Finalmente, indicó que si bien la demandada en días posteriores a la culminación de la relación laboral constituyó un título judicial a favor del trabajador en el cual le cancelaba su liquidación de prestaciones sociales, el actor solo conoció de dicho título una vez interpuso una acción de tutela, meses después, a fin de buscar el reintegro a su cargo y, dado que la empresa no demostró que le haya informado al demandante de la existencia del mencionado título judicial, se configuraba una mala fe del empleador y por ende, procedía la condena a la indemnización moratoria desde la fecha de culminación del vínculo laboral hasta la fecha en que el trabajador conoció de la existencia del título judicial a su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó lo siguiente:

Que el A quo incurrió en error al no apreciar adecuadamente, ni tener en cuenta que la representante legal de la demandada sí conocía del estado de salud del actor, situación que manifestó en su interrogatorio de parte, además, independiente de que no contara con un porcentaje de PCL el trabajador gozaba del fuero de estabilidad laboral reforzada al ser el cáncer una enfermedad catalogada como catastrófica, por lo que, simplemente si el empleador tiene conocimiento del diagnóstico médico, inmediatamente se activa el fuero a la estabilidad laboral por salud y por ello tenía derecho al reintegro.

Respecto del contrato de transacción indicó que el efecto de declarar ineficaz dicho acuerdo es retrotraer todo al estado en que se encontraba antes de ese acuerdo, es decir que no existió dicho acuerdo, por lo que el Juzgado incurrió en error al considerar que la empresa de todas maneras le iba a culminar el contrato de trabajo, independiente del acuerdo de transacción, por lo que procedía en el asunto era ordenar el reintegro del trabajador.

En cuanto a la indemnización moratoria no está de acuerdo en los términos que se ordenó la liquidación de dicha indemnización, dado que debía liquidarse por los 2 años que dispone la norma y no solo hasta la fecha en que el actor conoció de la existencia del pago por consignación; notificación, dicho sea de paso, nunca fue materializada, por lo que, a la fecha, al demandante no se le han pagado sus prestaciones sociales.

La parte demandada interpone el recurso de apelación respecto de la declaratoria de ineficacia del acuerdo transaccional, por cuanto, a su criterio, la terminación del vínculo laboral se originó por mutuo acuerdo entre las partes, lo que no debe desconocerse que ésta fue la causa para darlo por terminado, respecto de lo cual no existe vicio del consentimiento y por tanto tiene plena validez. Por otro lado, en el mismo documento se estableció una transacción entre las partes para precaver posibles litigios futuros, la cual no se materializó por voluntad del trabajador; lo que significa que, de ninguna manera puede declararse que existió un despido sin justa causa, ya que ello no es el efecto de la declaratoria de ineficacia del acuerdo transaccional.

Sobre la indemnización moratoria indicó que no procede de manera automática, además de que no existió, ni se probó una mala fe por parte del empleador pues siempre operó como lo establece la ley, ya que, dadas las circunstancias generadas por el COVID-19 en los días posteriores a la suscripción del acuerdo transaccional, lo que no permitió informarle al actor que se había realizado la consignación de la liquidación de prestaciones sociales, además que a la fecha el demandante Vargas Dávila, conoce de la consignación a su favor y ha sido su decisión no retirar esos dineros. Que cuando se contestó la acción de tutela interpuesta por el actor, conoció de la consignación de los dineros.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite el* determinar; si resulta procedente ordenar el reintegro del demandante; establecer la validez de la transacción suscrita entre las partes, su validez y los efectos de su ineficacia en relación con la terminación del contrato de trabajo, así como la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo entre las partes, por lo que se procede al estudio de las inconformidades planteadas por las partes.

Considera la parte actora que, conforme al interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada conocía del estado de salud del actor, por lo que independiente de que no contara con un porcentaje de PCL gozaba del fuero de estabilidad laboral reforzada.

Acorde con la jurisprudencia, el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tienen una afectación en su salud que les impide el desempeño normal de sus labores en condiciones regulares, sin que se requiera una previa calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, por lo que en estos casos la violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para resolver el problema jurídico planteado, se revisan las pruebas aportadas al proceso a fin de determinar si el trabajador, presentaba al momento de la terminación del contrato de trabajo, una afectación en su salud que le imposibilitara el desempeño normal de las labores para las que había sido contratado.

El demandante allegó con la demanda (fs. 6 a 21 Archivo 1), la historia clínica conforme a la cual, el 10 de mayo de 2018 se realizó una cirugía ambulatoria por un diagnóstico de tumor germinal mixto componente de teratoma post-puberal del 95% con elementos inmaduros (90%) con células del sintiotrofoblasto – Tumor testicular izquierdo – estado en vigilancia

Sobre el particular, es necesario reiterar que para el caso en que un trabajador sea catalogado como inválido, en situación de discapacidad, disminuido físico, síquico o sensorial, y en general que tenga una considerable afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, para lo que debe acreditar no solo el estado de debilidad manifiesta, sino también que el estado de salud sea conocido por el empleador previo al despido, y, que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el despido tiene su origen en una discriminación y no en otra causa.

Conforme a las pruebas recaudas, si bien la demandada conoció de la cirugía realizada en el mes de mayo de 2018 conforme al interrogatorio de parte que absolvió el representante legal, lo cierto es que de la historia clínica no se puede

concluir que al actor se le hubiera diagnosticado cáncer testicular, como se indica en el recurso, sino la existencia de un tumor testicular en vigilancia. Tampoco se demostró que se encontrara en estado de debilidad manifiesta al momento de la terminación del contrato, pues no obstante la cirugía realizada en mayo del año 2018, esta fue ambulatoria y no se otorgaron incapacidades en entre mayo de 2018 y febrero de 2020, fecha del despido, ni la existencia de recomendaciones médicas, limitaciones o impedimentos para realizar sus labores; además, se allegó prueba alguna que permita concluir que el 11 de febrero de 2020, dos años después, se diagnosticara enfermedad alguna, como lo indica en los hechos de la demanda; por lo que no son de recibo los argumentos de la parte actora y en consecuencia se confirmará en lo relacionado con el reintegro, la decisión tomada por el A quo.

Respecto a los efectos del contrato de transacción suscrito entre las partes que es objeto de inconformidad por ambas partes, indicó el actor, que al declararse la ineficacia de la transacción se retrotraen las cosas al estado en que se encontraba antes de ese acuerdo, por lo que lo procedente era ordenar el reintegro del trabajador; por el contrario, la parte demandada manifiesta que es válido el acuerdo transaccional para dar por terminado el contrato por cuanto, a su criterio, la terminación del vínculo laboral se originó por mutuo acuerdo entre las partes, y en consecuencia no debe desconocerse que ésta fue la causa para darlo por terminado.

En relación con los requisitos de la transacción laboral la sentencia SL 75199 del 7 de junio de 2017 con ponencia del Magistrado Fernando Castillo ha expresado lo siguiente:

> *«Esa figura jurídica, la de transacción, ha sido analizada por esta Corte en distintas oportunidades, en las que ha presupuestado que la transacción resulta válida cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.»*

Acorde con lo anterior, el contrato de transacción no requiere solemnidad alguna, pues es suficiente el acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento, y basta con el cumplimiento de los requisitos ya mencionados y para el momento en que suscribió el acuerdo podía darse un eventual litigio, la terminación del contrato por mutuo acuerdo no afectó derechos ciertos e indiscutibles y no se demostró vicio del consentimiento al respecto, por lo que se dirá que en cuanto a la forma de

terminación del contrato, ésta se dio por mutuo acuerdo por así haberse pactado en dicho documento, por lo que en este aspecto la transacción tiene plena validez, pues se reitera que existe manifestación expresa de las partes sobre su voluntad de darlo por terminado por mutuo acuerdo.

En razón a lo anterior, no era procedente la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia de la transacción, pues respecto a la terminación del contrato por mutuo acuerdo, se reitera, que independientemente de la validez de los demás aspectos que fueron objeto de transacción y que no son objeto de la alzada; la forma de terminación del contrato estaba expresamente establecida por la voluntad de las partes de darlo por terminado de mutuo acuerdo, lo que incluso fue manifestado en la sentencia de primera instancia cuando indicó que las cuatro primera cláusulas eran válidas y en consecuencia no había lugar a declarar el despido sin justa causa; razón por la que se revocará la condena impuesta por concepto de la sanción consagrada en el artículo 64 del C.S.T., para en su lugar absolver a la demandada de esta pretensión.

En cuanto a la indemnización moratoria no están de acuerdo las partes, ya que el demandante considera que debía liquidarse por los 2 años que dispone la norma y no solo hasta la fecha en que el actor conoció de la existencia del pago por consignación toda vez que esta nunca fue materializado y a la fecha no se le han pagado sus prestaciones sociales. Por su parte, la demandada argumenta que no existió ni se probó, la mala fe del empleador, ya que, dadas las circunstancias generadas por el COVID-19 en los días posteriores a la suscripción del acuerdo transaccional, no le permitió informarle al actor que se había realizado la consignación de la liquidación de prestaciones sociales, que a la fecha el actor conoce de la consignación a su favor y ha sido su decisión no retirar esos dineros.

Es bien sabido que la sanción moratoria del artículo 65 del CST no opera de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, pero es a éste a quien le corresponde demostrar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe (Sentencia SL4256-2022).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que obrar de buena fe equivale a "*obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud* (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 agosto 2016, rad. 45175)"

Sobre esa buena fe, también ha explicado la Sala Laboral de la Corte, para los casos en que realmente se adeuda salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, que es la de estar convencido de que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando manifiestamente se advierte que está ausente de cualquier intención en perjudicar patrimonialmente al trabajador (Sentencia CSJ, 9 mayo 2006, rememorada en la del 24 de enero de 2012, rad. 36447).

Cuando no hay acuerdo en el monto de la deuda o el trabajador se niega a recibir lo debido, la obligación del patrón es realizar el pago por consignación, pero no es suficiente que el empleador consigne el dinero correspondiente, pues está obligado a notificarle al empleado la existencia del título y el Juzgado en el que puede retirarlo, de lo contrario, esto evidencia que actuó con mala fe y, así, su responsabilidad se extiende hasta ese momento; por lo que en este caso, se analizará si existió una causa que justifique la falta de la notificación al trabador del pago por consignación, para que se pueda eximir a la demandada del pago de la indemnización moratoria.

Sin embargo, la pandemia generada por el Covid 19, que es el argumento esgrimido por la parte demandada, para justificar la falta de comunicación al trabajador informando la consignación de las prestaciones sociales, no es de recibo en éste caso, toda vez que si bien es cierto que estuvieron cerradas muchas oficinas, también lo es que no estuvieron inhabilitadas las oficinas de correos ni el correo electrónico, por lo que la comunicación pudo ser remitida por estos medios; no obstante, al proceso no se allegó prueba alguna de haber comunicado al trabajador tal decisión, ni siquiera de haber librado el oficio respectivo, mucho menos de haberlo remitido; por lo que es claro, que el actor solo conoció del pago por consignación cuando la demandada dio respuesta a la acción constitucional,

esto es el 8 de junio de 2020, como lo determinó el A quo; es decir, que no está demostrado el eximente que permita concluir que actuó de buena fe.

Ahora respecto a que la indemnización moratoria debió liquidarse por dos años, como lo solicita la parte actora; debe decirse que esta sanción procede hasta el momento en que el actor tiene conocimiento de la existencia del depósito, pues le corresponde a él, reclamar ante el Juzgado correspondiente la entrega del depósito para el cobro ante la entidad bancaria y no está demostrado en el proceso, que se haya efectuado diligencia alguna con este fin y que le haya sido rechazada.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada parcialmente en relación con el ordinal segundo y se confirmará en lo demás, esto es, se absolverá a la demandada de la condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa y se confirmará respecto de la condena al pago de la sanción contenida en el artículo 65 del C.S.ST. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia del 23 de septiembre de 2022, para en su lugar ABSOLVER a la demandada MESSER COLOMBIA S.A. del pargo de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de septiembre de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-006-2018-00178-01
DEMANDANTE:	JAINER JOSÉ DALMERO ESTRADA
DEMANDADO:	CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 7 de mayo de 2022
JUZGADO:	Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reintegro por salud
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la partes actora contra la sentencia del 7 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JAINER JOSÉ DALMERO ESTRADA** contra **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**, con radicado No. **11001-31-05-006-2018-00178-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que la terminación del contrato de trabajo fue ilegal y por tanto ineficaz; se declare que el demandante

[1] Fs. 5-14 Archivo 02 Expediente Digital

se encuentra cobijado por el fuero de estabilidad laboral reforzada y en consecuencia se condene a la demandada al reintegro del demandante con el pago de salarios dejados de recibir y el pago de la seguridad social dejado de cancelar. La indemnización por despido descrita en el artículo 26 de la Ley 391 (sic) de 1997, el pago de los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados al demandante; lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor JAINER JOSÉ DALMERO ESTRADA ingresó a laborar para la demandada el 5 de octubre de 2007 mediante contrato a término fijo inferior a un año que fue prorrogados y posteriormente con contrato a término fijo a un año, en el cargo de operador de camión.

Durante la relación laboral presentó varios accidentes de trabajo, entre ellos uno ocurrido el 2 de febrero de 2013, a partir del cual empezó a sentir dolor en la región lumbosacra y fue diagnosticado con “trastorno de disco lumbar con radiculopatía”, por lo que permaneció incapacitado por 255 días, con posteriores recomendaciones médicas que le impedían continuar condiciendo, por lo que fue trasladado a partir del 1º de noviembre de 2013 al Departamento de Producción Sección manejo de agua en el cargo de auxiliar operativo.

El 20 de mayo de 2013 la EPS COOMEVA calificó el diagnóstico como de origen laboral y el 29 de julio de 2013 la ARL POSITIVA mediante dictamen No. 463019 calificó con 0% la PCL, decisión confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con dictamen No. 84008582 del 24 de octubre de 2013 por el diagnóstico de lumbago no especificado, igualmente confirmado por la Junta Nacional de Calificación mediante dictamen del 17 de junio de 2014.

Posteriormente fue diagnosticado con patología de manguito rotador derecho y el 11 de diciembre de 2014 COOMEVA EPS emitió recomendación ocupacional por un periodo de 12 meses y el 26 de diciembre la empleadora le informó que a partir del 29 de diciembre de 2014 sería asignado temporalmente al Departamento de Servicios de Operación-Energía en el cargo de auxiliar operativo.

El 26 de marzo de 2015 CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED dio por terminado el contrato de trabajo de manera anticipada, pues éste terminaba el 5

de octubre de 2015, momento para el cual el actor se desempeñaba como auxiliar 13 temporal en un programa denominado TER (Trabajadores en Rehabilitación), tenía recomendaciones médicas que le impedían realizar sus labores de conducción y se encontraba en tratamiento aunque para el 2 de febrero presentaba mejoría significativa, aunque seguía en tratamiento a través de medicina prepagada y a la espera de control de medicina laboral.

El 7 de abril de 2015 la EPS COOMVEVA tramito el recurso presentado por el actor en razón a la calificación de los diagnósticos.

Por lo anterior, la Compañía demandada debió solicitar permiso ante el Ministerio del Trabajo para terminar el contrato de trabajo ya que actualmente el demandante no ha podido conseguir un trabajo estable como conductor porque para el ingreso le han realizado RMN de columna con diagnósticos no muy favorables.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

A la demandada **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 26 de abril de 2012 (archivo 14)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio de Bogotá, avocó el conocimiento del proceso proveniente del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, y profirió decisión mediante Sentencia del 5 de julio de 2022, en la que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamentos de su decisión, señaló que no existe controversia respecto a la existencia del vínculo laboral y su terminación, por lo que el estudio se limitó a determinar si era procedente el reintegro de conformidad con la Ley 361 de 1997

Al respecto citó la jurisprudencia y concluyó que no se demostró en el proceso que la terminación del contrato de trabajo se diera con ocasión de una presunta condición de discapacidad, la que tampoco fue acreditada conforme a

[2] Fs. 2-18 Archivo 04 y fls. 2 a 9. Archivo 05Expediente Digital

los dictámenes de PCL aportados al expediente, pues aunque tuvo un accidente de trabajo y se dieron unas recomendaciones médicas para laborar, no se presentaron consecuencias o secuelas, razón por la cual no consideró que hubiera lugar a la declaratoria y condena deprecadas en la demanda y por lo tanto, no había lugar a ordenar el reintegro solicitado por el actor, ni a las restantes pretensiones relacionadas como pagos de aportes a Seguridad Social, prestaciones, salarios dejados de percibir, junto con intereses, o la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ni a los perjuicios morales y materiales aducidos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que estos se deben acreditar en el proceso.

Mencionó que solo en caso en que se demuestre que el despido se da con fundamento en la condición del estado de salud del trabajador se otorga la protección señalada, la que no requiere una previa calificación del PCL, toda vez que al respeto existe libertad probatoria. Reiteró, que no cualquier condición de salud da lugar a esta protección y verificadas las pruebas aportadas, resaltó que el actor tuvo diferentes situaciones asociadas a su salud, entre ellas una incapacidad por accidente de trabajo en el año 2013, por lo que se le dieron recomendaciones laborales, pero que fue calificado con un porcentaje de PCL inferior al 5%, y que se dio una mejoría considerable conforme a las conclusiones de las imágenes de diagnóstico, por lo que al momento de la terminación del contrato de trabajo no presentaba condición de salud que le impidiera el desarrollo normal de sus labores, por lo que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y dispuso que las costas estarían a cargo de la parte demandante por haber resultado vencido en juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que el contrato de trabajo del actor fue terminado el 26 de marzo 2015, esto es, de manera anticipada, pues terminaba el 5 de octubre de 2015.

Insistente en que hubo por parte de la demandada Carbones del Cerrejón la intención de desmejorar al trabajador ya que se encontraba en un programa denominado Teletrabajador en rehabilitación y si bien en el momento no tenía tratamiento y tuvo un porcentaje de PCL menor al 5%, la Corte Constitucional en repetidas sentencias ha manifestado que la desvinculación del trabajador sin

justa causa es ilegal siempre que existan unas limitaciones para que el trabajador pueda laborar, y en éste caso no se tuvo en cuenta que tenía una recomendaciones médicas. Citó para el efecto la sentencia SU 049 del 2 de febrero 2017 en relación a que la estabilidad de laboral reforzada no es simplemente la que menciona la Ley 361 de 1997, sino que es para aquellos que demuestren una mengua en su salud, por lo que las recomendaciones médicas aportadas al expediente acreditan que había una mengua en la salud del trabajador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite el* determinar si es procedente el reintegro del trabajador por ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 del la Ley 361 de 1997 teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo entre las partes, sus extremos ni la indemnización que el actor recibió como consecuencia de la terminación del contrato de forma anticipada, por lo que se procede al estudio de las demás inconformidades planteadas por la parte actora.

Considera la parte demandante, que proceden las pretensiones de la demanda, toda vez que la sentencia SU-049 de 2017 ha señalado que la estabilidad laboral hace referencia a una mengua en el estado de salud y no requiere de una previa calificación de la PCL, por lo que se trae a colación la sentencia citada que en lo pertinente señaló:

"b. Unificación de jurisprudencia constitucional. El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y sus garantías de estabilidad reforzada, conforme a la Constitución.

(…)

5.12. Todo lo cual, en síntesis, quiere decir que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, y con los propios términos legales, una interpretación de la Ley 361 de 1997 conforme a la Constitución tiene al menos las siguientes implicaciones. Primero, dicha Ley aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a sus beneficios que traía la Ley en su versión original, que hablaba de personas con "limitación" o "limitadas" (Sentencia C-458 de 2015). Segundo, sus previsiones interpretadas conforme a la Constitución, y de manera sistemática, se extienden a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, "sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación" (sentencia C-824 de 2011). Tercero, para exigir la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil pero no necesario contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral (sentencia C-606 de 2012). Cuarto, en todo caso no es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria.

5.13. De acuerdo con lo anterior, no es entonces constitucionalmente aceptable que las garantías y prestaciones de estabilidad reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se contraigan a un grupo reducido, cuando la Corte encontró en la sentencia C-824 de 2011 que el universo de sus beneficiarios era amplio y para definirlo no resulta preciso "entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación". Cuando se interpreta que es necesario contar con un porcentaje determinado de pérdida de capacidad laboral para acceder a los beneficios de la Ley 361 de 1997, ciertamente se busca darle un sustento más objetivo a la adjudicación de sus prestaciones y garantías. No obstante, al mismo tiempo se levanta una barrera también objetiva de acceso para quienes, teniendo una pérdida de capacidad relevante, no cuentan aún con una certificación institucional que lo establezca, o padeciendo una pérdida inferior a la estatuida en los reglamentos experimentan también una discriminación objetiva

por sus condiciones de salud. La concepción amplia del universo de destinatarios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 busca efectivamente evitar que las personas sean tratadas solo como objetos y por esa vía son acreedores de estabilidad reforzada con respecto a sus condiciones contractuales, en la medida en que su rendimiento se ve disminuido por una enfermedad o limitación producto de un accidente.

5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo. [95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.

(…)"

Acorde con la jurisprudencia, el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tienen una afectación en su salud que les impide el desempeño normal de sus labores en condiciones regulares, sin que se requiera una previa calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, por lo que en estos casos la violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para resolver el problema jurídico planteado, se revisan las pruebas aportadas al proceso a fin de determinar si el trabajador presentaba al momento de la terminación del contrato de trabajo una afectación en su salud que le imposibilitara el desempeño normal de sus labores como conductor de camión para la que había sido contratado.

Como pruebas documentales relacionadas con el estado se salud del demandante se allegaron con la demanda (f. 5 - Anexo 3), las siguientes:

- Historia Clínica evento traumático (pág. 5) de fecha 2 de febrero de 2013 con diagnóstico de trastorno de disco lumbar con radiculopatía. Calificación del accidente: trabajo.
- Certificación expedida por COOMEVA EPS (f. 6) sobre las incapacidades otorgadas al actor entre el 26 de agosto de 2008 hasta el 13 de octubre de 2013, de las cuales se acreditan 255 días de incapacidad desde la fecha del accidente, con fecha de finalización el 13 de octubre de 2013.
- Comunicación de COOMEVA EPS de fecha 20 de mayo de 2013 "reporte de calificación de origen" (f.7), en la que establece como accidente de trabajo el evento ocurrido al demandante; diagnóstico "trastorno de disco lumbar con radiculopatía" fecha de accidente 2 de febrero de 2013.
- Carta de fecha 31 de octubre de 2013 (f. 8) de la demandada al actor mediante la cual le comunica que a partir del 1º de noviembre de 2013 sería trasladado temporalmente a la Cuadrilla 102617 Departamento de Producción Sección Manejo de Agua como auxiliar operativo.
- Dictamen de ARL POSITIVA (f. 10-11) y comunicación del mismo al actor de fecha 29 de julio de 2013 con PCL menor al 5% y en comunicación del 2 de julio de 2013 la ARL POSITIVA comunica a COOMEVA EPS que el paciente presenta una preexistencia de enfermedad degenerativa de columna lumbar no relacionada con el evento.
- Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de fecha 24 de octubre de 2013, (fs.17 a 24) que establece porcentaje de PCL 4.95% y fecha de estructuración el 15 de octubre de 2013, sin calificación del origen.
- Resultados de resonancia magnética hombro izquierdo de fecha 3 de diciembre de 2014 con conclusión (f. 34) de: tendinosis de supraespinoso, bursitir subacromial-subdeltoidea subcoracoidea y tenosinovitis bescapular y porción larga de bíceps.
- Comunicación de COOMEVA EPS (f. 60) a la empleadora sobre recomendación ocupacional del trabajador de fecha 11 de diciembre de 2014, donde establece como restricción "factor de riesgo ergonómico", "puede laborar en actividades donde no se exponga a vibración segmentaria por encima del límite permisible ni movimientos repetitivos de región lumbar, hombros bilateral dentro de los ángulos de confort, puede laborar en actividades que no impliquen largos periodos sentado, y/o de

pie, subir y bajar escaleras constantemente, agacharse ni caminar moderadas a grandes distancias".

- Comunicación de fecha 26 de diciembre de 2014 (f. 61) dirigida al demandante informando la reubicación a partir del 29 de diciembre de 2014 al Departamento de Servicios a la operación Energía como auxiliar operativo en atención a las recomendaciones recibidas por la División Médica.

Por su parte, la demandada CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED al contestar la demanda allegó la siguiente prueba documental (archivo 13).

- Comunicación al demandante por parte de POSITIVA CIA DE SEGUROS de fecha 29 de julio de 2013 informando un porcentaje de calificación de PCL del 0% y copia del dictamen 463019 emitido por medicina laboral. (págs. 3 a 8)
- Recomendaciones médicas expedidas por POSITIVA CIA SE SEGUROS a la DIVISIÓN MÉDICA de la empleadora el 16 de septiembre de 2013 para operar equipo pesado por un término de 45 días y en dicha comunicación se indica que posteriormente podrá desempeñarse en su cargo de operador de camión acatando las recomendaciones que allí se indican. (págs. 10 a 12)

En el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la demandada, manifestó al respecto, que el actor sufrió un accidente de trabajo en el año 2013 que le generó lumbago no especificado y que el caso fue cerrado con calificación del PCL del 0%, confirmada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Señaló que la finalización del contrato no tuvo nada que ver con la condición de salud del trabajador pues no presentaba incapacidades ni discapacidad y se debió a que no se hacía necesario un personal por lo que se terminó el contrato; que el programa de rehabilitación de la empresa no significa que el trabajador se encuentre en estado de discapacidad o invalidez. Indicó que para el momento de la terminación el trabajador tenía un cargo administrativo hacía más de 2 años (auxiliar), que realizaba sin ninguna limitación. Respecto a las recomendaciones médicas manifestó que por ello había sido reubicado hacía más de 2 años.

Sobre el particular, también es necesario traer a colación que la misma Corte Constitucional ha sostenido, entre otras, en la sentencia T-052 de 2020, que para el caso de los trabajadores que puedan catalogarse como inválidos, en situación de discapacidad, disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y en general todos aquellos que tengan una considerable afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, también se requiere que el estado de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador previo al despido, y, que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el despido tiene su origen en una discriminación y no en otra causa.

Conforme a las pruebas recaudas, además de los dictámenes emitidos en su caso, no se determina que el actor se encontrara en estado de debilidad manifiesta al momento de la terminación del contrato, pues si bien está probada la existencia del accidente de trabajo que lo incapacitó, lo cierto es que, ello sucedió en el año 2013 y desde octubre del mismo año no se otorgaron nuevas incapacidades, por lo que al mes de marzo de 2015 no se encontraba en incapacidad. Tampoco los demás diagnósticos que fueron aportados al proceso, acreditan un estado de salud que impida al actor realizar sus labores en condiciones normales, toda vez que conforme a las recomendaciones médicas expedidas por POSITIVA COMPAÑIA SE SEGUROS dirigida a la División Médica de la empleadora el 16 de septiembre de 2013 que dio una restricción para operar equipo pesado por un término de 45 días, indicó que posteriormente podrá desempeñarse en su cargo de operador de camión acatando las recomendaciones que allí se indican (págs. 10 a 12)

Incluso es aceptado por la apoderada al momento de sustentar el recurso de apelación que el actor no se encontraba en tratamiento, lo que en efecto no se acredita en el proceso; y si bien presenta otros problemas de salud, ellos no le generaron entre octubre de 2013 (fecha de la última incapacidad y el 26 de marzo de 2015 (terminación del contrato) ninguna incapacidad médica o afectación en su salud que le impidiera el desempeño normal de las labores para las que había sido contratado en condiciones regulares, esto es, para desempeñarse como conductor de camión; y si bien había sido reubicado para ejercer el cargo de auxiliar operativo, ello sucedió en octubre de 2013 debido al accidente laboral y permaneció en dicho cargo hasta la finalización del vínculo laboral, por lo que no era necesario entonces, obtener la autorización de la

Oficina del Trabajo para terminar su contrato de trabajo, como tampoco presumir que el despido fue discriminatorio y acorde con la declaración del representante legal de la demandada, ello se debió a que no necesitaba de personal.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora-recurrente por cuanto no prosperó el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

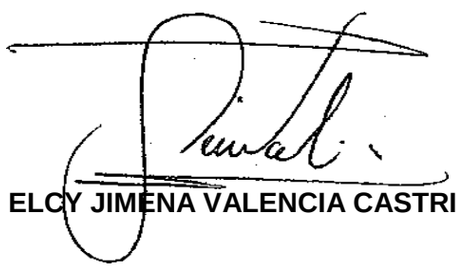
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora-recurrente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Aclara voto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Salva voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2019-00557-01
DEMANDANTE:	FREDDY HERNÁN RODRÍGUEZ BOGOTÁ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 30 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Porvenir S.A., Skandia S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 30 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FREDDY HERNÁN RODRÍGUEZ BOGOTÁ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-007-2019-00557-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a través de Pensionar S.A. hoy Skandia S.A. Pensiones y Cesantías el 13 de agosto de 1999 y por ende, que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; como consecuencia de ello, se acepte su regreso automático como afiliado del RPM; se ordene a Porvenir S.A. a trasladar los dineros y rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro rubro; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 24 de marzo de 1958, motivo por el cual actualmente cuenta con 61 años. Que se afilio al ISS entre el 1º de septiembre de 1978 y el 30 de agosto de 1.999. Que a partir de agosto de 1999 realizó el traslado del RPM al RAIS a través de Pensionar hoy Skandia, motivado por lo que le informaron sus asesores, en cuanto a que era más beneficioso pertenecer a una administradora del régimen privado, pues se le asignaría una cuenta de ahorro individual que le permitiría asegurar su pensión, ya que el entonces ISS se iría a la quiebra y sus aportes se perderían. Que la AFP en mención faltó a la diligencia debida para el caso, porque omitió entregarle un cálculo actuarial de la posible mesada pensional que recibiría en cada régimen, además, no le indicó de qué dependería el monto de la prestación, tanto en el RAIS como en el RPM. Que el 3 de diciembre de 2002 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., en donde nunca ha recibido una asesoría sobre su futuro pensional por parte de la sociedad en mención. Que conforme a estudios comparativos del monto pensional en uno u otro régimen, su mesada pensional en el RAIS sufriría un detrimento económico de $3.133.980. Que las AFP demandadas omitieron suministrar información clara, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna, para cumplir

[1] Páginas 3 a 21 archivo 01 del expediente digital.

con una asesoría como la ley prevé, sobre su situación pensional al momento del traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que

[2] Páginas 31 a 71 Archivo 04 del expediente digital.
[3] Páginas 159 a 185 archivo 04 del expediente digital.

el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, aunado a que con su traslado horizontal llevó a cabo actos de relacionamiento, los cuales fueron definidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL413-2018. Concluyó advirtiendo que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las Administradoras de Fondos de Pensiones en relación con el traslado de régimen pensional.

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.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.[4]

La demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que la parte actora estuvo válidamente vinculada con Pensionar mediante formulario de afiliación 070164 del 13 de agosto de 1999, pues efectuó su elección de manera libre y voluntaria, lo cual se materializó con la suscripción de dicho documento, aceptando todas y cada una de las condiciones propias del RAIS, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, por manera que ha cumplido de manera eficaz y oportuna todos los servicios inherentes como Administradora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

[4] Páginas 79 a 91 archivo 04 del expediente digital.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a la AFP Pensionar hoy Skandia, y posteriormente, a la AFP Porvenir; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la parte activa, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones; ordenar a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados a los aportes del demandante, mientras estuvo afiliado a cada sociedad, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, para lo cual se concede el término de 30 días, contados a partir del auto de obedecimiento al superior, debiendo presentar un informe discriminando los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de la sentencia; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad al demandante como afiliado al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenarlas en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que los Fondos Privados hayan cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que el acto jurídico celebrado por el demandante fue válido y produjo efectos jurídicos, dado que efectuó aportes al RAIS. Dijo que en sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá se han revocado las decisiones mediante las cuales se ha declarado la ineficacia del traslado, bajo el argumento que el afiliado no se encuentra exonerado de informarse sobre el traslado de régimen pensional, porque no se encuentra disminuido para celebrar actos y contratos, aunado a que de su decisión depende de su futuro pensional, cuyas consecuencias no deben ser asumidas por Colpensiones, al no participar la entidad en la celebración del contrato. Dijo que no se puede conminar a la administradora del RPM a recibir los aportes efectuados por el actor al RAIS y posteriormente reconocerle a una pensión, bajo el único argumento que la pensión le es más beneficiosa en el régimen público, cuando no ha ayudado a contribuir con el fondo común, pues ello genera la descapitalización del sistema, lo cual desconoce lo advertido por la Corte Constitucional en las sentencias C 1024 de 2004 y SU 062 de 2010. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas impuesta a la entidad, toda vez que ha actuado de buena fe y ha acatado la ley, según la cual el actor ya no puede retronar al RPM, por encontrarse inmerso a la prohibición prevista para ello.

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo como argumentos que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no se puede aplicar de manera indiscriminada a todos los casos, pues debe existir una similitud fáctica de cada uno, lo cual no ocurre en el *sub judice* porque el accionante presentó un traslado horizontal válido y las vinculaciones efectuadas en cada AFP estuvieron precedidas de la información suficiente y veraz, tal y como lo ha consagrado la Alta Corporación. Adujo que las condiciones, características y ventajas del RAIS se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993, y por ello, el accionante pudo validar la información que se le otorgó por la AFP Porvenir S.A. Dijo que el actor suscribió el formulario de afiliación que cumplía con las condiciones previstas

por la entonces Superintendencia Bancaria y reconoció en su interrogatorio de parte que recibió asesoría relativa a las condiciones de su afiliación.

Sostuvo que la consecuencia lógica de la ineficacia implica que los rendimientos a reconocer deben ser equivalentes a los que se hubieren generado en las reservas del otrora ISS, pues si se entiende que el accionante no perteneció nunca al RAIS, no resulta acertado concluir que se le deben reconocer los rendimientos propios de este régimen. Señaló que los gastos de administración y los descuentos por seguros previsionales, fueron descontados e invertidos en los términos de la Ley 100 de 1993, y es por ello que la sociedad ya no cuenta con esas sumas de dinero. Advirtió que la indexación ordenada por el *A quo* genera una doble condena a cargo de la AFP, ya que los rendimientos ya contienen esa actualización monetaria, como así lo ha referido el Tribunal Superior de Cundinamarca dentro del proceso 2020 00111. Finalmente, señaló que siempre ha actuado de buena fe objetiva, por manera que no puede ser objeto de condena de costas procesales.

A su turno la **AFP SKANDIA** formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis que la ineficacia declarada debe atender la regulación relativa a los traslados de regímenes pensionales, cual es el artículo 7º del Decreto 3998 de 2005, cuyo texto indica cuáles son los valores a transferir del RAIS al RPM, esto es, los aportes de la cuenta de ahorro individual y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sin incluir gastos de administración y las primas de seguros previsionales, máxime cuando estos dineros fueron utilizados para la debida administración de los aportes del actor, que ya no están en su poder, sobre todo las primas de seguros, al ser trasladadas a las aseguradoras. Dijo que es improcedente la indexación, pues ello tampoco se encuentra previsto en la normatividad *ejusdem* y porque se estaría imponiendo una doble sanción, ya que se ha ordenado la devolución de los rendimientos que compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, como así lo tiene sentado el Tribunal Superior de Cali. Concluye advirtiendo que se debe declarar probada la excepción de prescripción sobre los gastos de administración por ser emolumentos periódicos que no están destinados a financiar la pensión, máxime que el contrato de afiliación con el actor terminó desde el año 2013.

Finalmente, el **MINISTERIO PÚBLICO** formuló recurso de apelación para que se revoque la condena en costas impuestas a Colpensiones, toda vez que la entidad es llamada al proceso como un *litis* consorcio necesario, es decir, que no comparece porque haya incurrido en alguna omisión o extralimitación en sus funciones, pues se convoca solo como la receptora de la afiliación del actor, en caso de prosperar la ineficacia del traslado, por manera que no hay lugar a condenar a la entidad en costas, toda vez que no existe controversia en su contra, como así lo dispone el artículo 365 del CGP, ya que la omisión en el cumplimiento del deber de información se le imputa a la Administradora de Fondos Privados. Agregó que tampoco se le ha resuelto de manera desfavorable una excepción previa, y en ese sentido, insiste en revocar la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por por FREDDY HERNÁN RODRÍGUEZ BOGOTÁ al

régimen de ahorro individual administrado por la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a

sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que

reposan en el plenario, no acreditó **PENSIONAR** hoy **SKANDIA**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PENSIOANR** hoy **SKANDIA** (página 24 archivo 02 ED), y posteriormente, ante **PORVENIR S.A.** (página 25 archivo 02 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las

posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PENSIONAR** hoy **SKANDIA**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor fue claro al manifestar que hacia 1999 se afilió a la AFP Pensionar, cuyos asesores, no le suministraron ninguna información distinta a que el ISS se iba a liquidar, con la posibilidad de perder sus aportes, siendo mejor opción pertenecer a los fondos privados, y es por ello que firmó el formulario de afiliación que los mismos asesores de Pensionar Diligenciaron. Agregó que posteriormente, se vinculó a Porvenir, porque dicha sociedad se mostró como una administradora más sólida que Skandia (Min. 14:10 – 42:26 archivo de audio y video 20 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de

régimen pensional que efectuó el promotor de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró cada AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a cada una de las administradoras del RAIS,

pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretenden hacer ver el apoderado de PORVENIR S.A. y la apoderada de SKANDIA, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual del afiliado, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales*

pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía

prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, en relación con la condena en costas objeto de reproche por las demandadas y el Ministerio Público. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia, por lo que considera la Sala que no le asiste razón a los apelantes, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar el actuar de las demandadas durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que mantuvieron su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo cuando la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, razón por lo que se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será CONFIRMADA. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., COLPENSIONES y SKANDIA por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

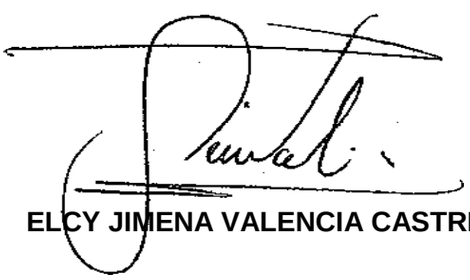
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., COLPENSIONES y SKANDIA por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN





ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2020-00451-01
DEMANDANTE:	FABIOLA GARCÍA HERREROS PRADA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 6 de junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 6 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FABIOLA GARCÍA HERREROS PRADA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-007-2020-00451-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad, la ineficacia o la invalidez del traslado al RAIS que realizó en enero de 1.998; como consecuencia de ello, ordenar a Colpensiones que anule en sus registros de afiliación, el traslado que hizo del RPM al RAIS; ordenar a Porvenir S.A. que transfiera a Colpensiones el saldo total existente en su cuenta de ahorro individual, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor total cotizado para el fondo de garantía de pensión mínima; ordenar a Colpensiones que reactive su afiliación al RPM y registre en su historia laboral, el detalle de cotizaciones que le sean transferidas por Porvenir S.A.; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de junio de 1.964. Que se afilio al ISS entre el 26 de marzo de 1.987 y el 31 de agosto de 1.996. Que a partir del 1º de enero de 1.998 realizó el traslado del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A., lo cual ocurrió sin que los asesores de la AFP en mención le informaran los requisitos exigidos para obtener la pensión en el ISS, tampoco se le realizó una proyección del valor que podría tener su pensión en el RPM y en el RAIS, menos aún, se le indicó cuál era el capital mínimo exigido por el fondo para garantizar una pensión de salario mínimo, ni sobre los efectos negativos o pérdidas que podrían tener sus ahorros en la cuenta de ahorro individual, y en general, no se le brindó una información completa, detallada y veraz sobre su situación pensional en ese momento, ni a futuro, o las consecuencias desfavorables que le podrían traer esa decisión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

[1] Páginas 1 a 21 archivo 01 del expediente digital.
[2] Archivo 10 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que su vinculación realizada con Horizonte en el año 1.997 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, tal como se aprecia en la solicitud de afiliación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los

[3] Páginas 1 a 28 archivo 09 del expediente digital.

términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; condenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la parte activa, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones, debiendo incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, debidamente indexados; ordenar a Colpensiones a recibir a la actora sin solución de continuidad como afiliada al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que en el expediente no obra prueba de que estamos en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del C.C., esto es, el error la fuerza o el dolo , pues lo único que podría avizorarse en el caso concreto, es la concurrencia de un error sobre un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y el fondo privado. Adujo que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., en tanto se le endilga toda la responsabilidad a la AFP demandada, al no exigirle a la demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio en el consentimiento a la data del traslado al RAIS y, de lo contrario, obliga que toda la carga probatoria recarga exclusivamente en la administradora de pensiones privada, sin que exista un esfuerzo de la activa, pese a las obligaciones que se encuentran previstas para los afiliados en el Decreto 2241 de 2010, artículo 4º, como lo es informarse adecuadamente sobre las condiciones del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de información para conocer el funcionamiento del sistema pensional.

Señaló que durante el transcurso del tiempo la actora permaneció en silencio, lo cual debe ser entendido como su deseo de permanecer en el RAIS. Indicó que dentro del radicado 2018 445 el magistrado David Correa en sentencia del 30 de julio de 2020, refirió que no es posible pretender una nulidad o ineficacia del traslado, cuando la parte actora observó que su pensión no es acorde a sus expectativas pensionales, debiendo por tanto, someterse a las condiciones que aceptó al momento de la firma del formulario de afiliación. Concluyó aduciendo que en las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, la Corte Constitucional al referirse al traslado de régimen pensional, indicó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, por lo que el retorno injustificado de una persona al RPM, afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, máxime cuando no ha contribuido a la financiación del régimen público.

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo como argumentos que el traslado fue eficaz y válido, pues no se acreditó ningún vicio del consentimiento de la parte activa al momento del traslado, en tanto no se alegó y tampoco se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1.641 del C.C. Agregó que conforme al artículo 9º del C.C., la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, estableciendo además, una presunción legal en virtud de la cual una vez se promulga una ley, se entienda que esta es conocida por todos los habitantes del territorio nacional, lo cual no se encuentra desvirtuado en el presente caso, aunado a ello que, el formulario allegado a las diligencias, suscrito por la parte actora, corresponde a un documento público que se presume auténtico de acuerdo a lo previsto en los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 del CPT y de la SS, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que fue suscrito de manera voluntaria, libre y sin presiones, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor, al no ser desconocido, ni tachado de falso por la contraparte. Dijo que la demandante en el interrogatorio de parte afirmó que le fue suministrada la información, que no le surgieron dudas y que no presentó ningún tipo de inconformidad, además, que presentó la demanda por una expectativa pensional y no, por una supuesta falta de información.

Sostuvo que cumplió con la carga laboral impuesta, pese al inversión de la misma, definida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, contrario a lo dispuesto legalmente, acotando que aportó todos los medios de convicción pertinentes, que permiten evidenciar que su traslado fue libre y voluntario, entre los cuales no solo se encuentra el formulario de afiliación, sino también la declaración de la convocante, que también permite constatar una decisión libre y espontánea, lo cual adicionalmente, se infiere de su permanencia la RAIS por más de 18 años. Resaltó que no es procedente la devolución de los gastos de administración, porque estos se causan en los dos regímenes, además, porque administró debidamente los recursos de la demandante que le fueron encomendados; igualmente, tal devolución implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues no le corresponden a los afiliados, ni

financian la pensión de vejez y por ello, son susceptibles del fenómeno de la prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por FABIOLA GARCÍA HERREROS PRADA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador

consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar a la afiliada la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes,**

y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos***

<u>que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)”</u> (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 68 archivo 09 ED), **<u>única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS</u>**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones,

pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que cuando comenzó a trabajar para Acción Social o Red de Solidaridad Social en el Amazonas, llegó un asesor con la propuesta de que se afiliara a las pensiones privadas, porque le reconocían unos intereses y que la prestación sería heredable frente a sus hijos, lo cual le pareció bien y por ello se trasladó. Que no fue asesorada en otra oportunidad por parte de Porvenir S.A. y dicha sociedad tampoco le informó que no tenía posibilidad de retorno al RPM a partir de los 47 años. Concluyó indicando que tiene una motivación económica y que por ello formuló la demanda (Min. 05:28 – 28:35 archivo de audio y video 21 ED).

Hay que anotar que si bien del dicho de la demandante es posible advertir una inconformidad con el valor de la mesada pensional que le correspondería en el RAIS, contrario a lo argüido en la alzada, de ello si es posible colegir una falta al deber de información, como quiera que, no existe prueba que a la actora se le haya explicado cómo se consolidaría su mesada pensional, las variables a ser consideradas para su liquidación y menos aún, se le indicó el capital que requería para acceder a la prestación

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones; no obstante, a pesar de que el Juez indicó que la AFP del RAIS debían trasladar al RPM cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, omitió hacer referencia expresa a los seguros de invalidez y sobrevivencia, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, tal como se dejó sentado desde la parte introductoria de esta providencia.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró

la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada, se reitera, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surtió a favor de **COLPENSIONES** en lo que no fue objeto de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

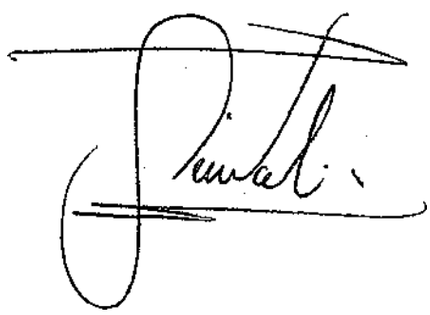
PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 6 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los seguros de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión descontados a la convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN





ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2021-00385-01
DEMANDANTE:	GERARDO ALBERTO AYERBE ROJAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 1º de diciembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 1º de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GERARDO ALBERTO AYERBE ROJAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-007-2021-00385-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a través de la AFP Porvenir S.A., por omisión en su deber legal de información, e igualmente, que nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, por manera que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de ello, condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión; condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; condenar a Colpensiones a recibir la totalidad de sus aportes a pensión, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y empezó a realizar sus aportes desde el mes de abril de 2002, sin que la administradora desplegara una actividad de asesoramiento responsable y transparente, a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencia futuras que le acarrearía el traslado de régimen, pues omitió brindarle asesoría completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado, así como también las características de ambos regímenes pensionales. Que de acuerdo a proyecciones pensionales realizadas por Porvenir S.A. y una firma independiente, su pensión de vejez en el RPM sería mayor a la que percibiría en el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

[1] Páginas 1 a 12 archivo 01 del expediente digital.
[2] Páginas 3 a 40 archivo 11 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación del demandante al RAIS es válida, toda vez que suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la sociedad con la información

[3] Páginas 3 a 28 archivo 09 del expediente digital.

suficiente y necesaria para su afiliación en régimen de ahorro individual con solidaridad, y acorde con lo establecido en ley para la fecha de afiliación.

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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de diciembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a la AFP Porvenir S.A. el 18 de febrero de 2002; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la parte activa, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones, así como devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde 1.995 y mientras estuvo afiliado, tales como porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, para lo cual se concede al fondo demandado el término de 30 días, contados a partir del auto de obedecimiento por el superior, debiendo presentar un informe debidamente discriminado, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuento objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifique y que prevenga controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia; ordenar a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y les condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión

probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que pese al criterio definido por la Corte Suprema de Justicia, debe analizarse cada caso, acotando que en el *sub judice* el demandante no está exonerado de informarse frente al cambio de régimen pensional, conforme al Decreto 2241 de 2010, en donde está prevista expresamente esa obligación de los afiliados al Sistema General de Pensiones. Adujo que el actor no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, de manera que frente a la decisión en la que estaba involucrado su futuro pensional, actuó con negligencia; tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos su afiliación al RAIS, contenidos en el formulario, como lo son el retracto y la rescisión. Añadió que debe tenerse en cuenta la sentencia C-042 de 2009, en la que la Corte Constitucional desarrolló el principio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la CP, adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005; aunado a que el principio de interés general debe primar sobre el particular, porque la declaración de ineficacia sí afecta el patrimonio público, porque el ahorro individual del actor, quien no participó en el RPM, no será suficiente para financiar su prestación, vulnerándose a su vez, los principios de solidaridad, equidad y eficiencia del sistema. Solicitó la revocatoria de la condena en costas, teniendo en cuenta que Colpensiones no hizo parte del acto jurídico de traslado, y por ende, no es la generadora de la ineficacia declarada, sumado a que ha sido vinculada al proceso por tener la calidad de *litis consorcio* necesario, que si bien ha ejercido su derecho de contradicción y de defensa proponiendo excepciones, ello lo ha sido con fundamento en las normas jurídicas vigentes, mismas que la entidad está llamada a observar.

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo que en cada caso se deben analizar los supuestos de hecho a efectos de determinar similitud con las situaciones estudiadas por la línea jurisprudencial, la cual no se presenta en sub examine, como quiera que el actor se afilió por su propia cuenta a la administradora de pensiones privada, en el año 2002 y lo hizo de manera libre, voluntaria e informada, conforme a las cargas legales impuestas a los fondos para la época, acotando que los supuestos rigurosos respecto de los cuales se pretende reprochar al fondo, desconocen el principio de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica. Adujo que la ineficacia del traslado implica considerar que el negocio jurídico nunca tuvo lugar, y por ende, los frutos nunca se causaron al ser propios del RAIS, no pudiéndose impartir condena por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, porque ello conlleva una condena mejor y diferente que el actor tendría en el RPM, en contravención a lo estipulado en el artículo 897 del C. Co. Dijo que el fondo ha actuado como un agente oficioso involuntario, porque creyendo administrar su actividad, lo que hizo en realidad fue gestionar el negocio de otro, obteniendo unos rendimientos superiores a los que se hubieren generado en el RPM, precisando que el fondo únicamente debe retornar los frutos que hubiere obtenido Colpensiones, además, debe reconocérsele los gastos de administración por la gestión de los aportes del afiliado, en virtud de las restituciones mutuas y como compensación económica, en aras de no dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM. Añadió que los recursos a restituir debe atender los términos del artículo 7º del 3995 de 2008, además, que los seguros previsionales ya fueron trasladados a la respectiva aseguradora que ha beneficiado al demandante durante toda su afiliación, para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, siendo claro que la AFP se encuentra en imposibilidad de retornarlos, al encontrarse en poder de terceros de buena fe. Concluyó que debe revocarse la indexación, porque los rendimientos financieros son superior a esa condena, que permiten a Colpensiones el reconocimiento pensional a que haya lugar, sin ninguna dificultad, agregando que ante la improcedencia de la ineficacia del traslado, debe desestimarse la condena en costas, conforme a los términos del artículo 365 del CGP, cuyo valor de las agencias en derecho en todo caso, resulta desbordado, porque el caso analizado

es de baja complejidad, dado que su resolución implica la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por GERARDO ALBERTO AYERBE ROJAS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador

consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el**

caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos***

<u>que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)”</u> (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 45 archivo 01 ED), **<u>única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS</u>**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo

que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor fue claro al manifestar que hacia el año 2002, en el medio se hablaba mucho de la desaparición del ISS y de la necesidad de cambiarse al sector privado, por manera que ante la gran incertidumbre que ello generaba, él recibió a un asesor comercial de Porvenir S.A., quien le ofreció trasladarse para no tener inseguridad frente a la pérdida de sus semanas cotizadas al RPM, lo cual se le hizo una oferta muy atractiva, sobre todo porque se le dijo que el fondo pertenecía a una empresa privada, que gozaba de bastante solidez, y es por ello que aceptó el cambio, firmando el formulario de afiliación, sin recibir otro tipo de información, mucho menos de las características propias del RAIS (Min. 05:07 – 18:50 archivo de audio y video 24 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el promotor de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como la

SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la apoderada de PORVENIR S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional

de la cuenta individual del afiliado, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el

interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR** manifiestan en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que fue acertada la decisión del A quo de imponer condena en costas contra COLPENSIONES y PORVENIR de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de las entidades durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fueron vencidas en juicio, lo que implica que asuman la carga económica antes aludida. En cuanto al monto de las agencias en derecho, no se hará pronunciamiento, toda vez que el valor impuesto por tal concepto, debe ser debatido mediante el recurso de apelación del auto que apruebe la liquidación de costas, conforme al numeral 5º del artículo 366 del CGP.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIMAR la sentencia del 1º de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2021-00385-01
DEMANDANTE:	GERARDO ALBERTO AYERBE ROJAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 1º de diciembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 1º de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GERARDO ALBERTO AYERBE ROJAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-007-2021-00385-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a través de la AFP Porvenir S.A., por omisión en su deber legal de información, e igualmente, que nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, por manera que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de ello, condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión; condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; condenar a Colpensiones a recibir la totalidad de sus aportes a pensión, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y empezó a realizar sus aportes desde el mes de abril de 2002, sin que la administradora desplegara una actividad de asesoramiento responsable y transparente, a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencia futuras que le acarrearía el traslado de régimen, pues omitió brindarle asesoría completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado, así como también las características de ambos regímenes pensionales. Que de acuerdo a proyecciones pensionales realizadas por Porvenir S.A. y una firma independiente, su pensión de vejez en el RPM sería mayor a la que percibiría en el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

[1] Páginas 1 a 12 archivo 01 del expediente digital.
[2] Páginas 3 a 40 archivo 11 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación del demandante al RAIS es válida, toda vez que suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la sociedad con la información

[3] Páginas 3 a 28 archivo 09 del expediente digital.

suficiente y necesaria para su afiliación en régimen de ahorro individual con solidaridad, y acorde con lo establecido en ley para la fecha de afiliación.

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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de diciembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a la AFP Porvenir S.A. el 18 de febrero de 2002; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la parte activa, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones, así como devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde 1.995 y mientras estuvo afiliado, tales como porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, para lo cual se concede al fondo demandado el término de 30 días, contados a partir del auto de obedecimiento por el superior, debiendo presentar un informe debidamente discriminado, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuento objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifique y que prevenga controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia; ordenar a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y les condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión

probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que pese al criterio definido por la Corte Suprema de Justicia, debe analizarse cada caso, acotando que en el *sub judice* el demandante no está exonerado de informarse frente al cambio de régimen pensional, conforme al Decreto 2241 de 2010, en donde está prevista expresamente esa obligación de los afiliados al Sistema General de Pensiones. Adujo que el actor no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, de manera que frente a la decisión en la que estaba involucrado su futuro pensional, actuó con negligencia; tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos su afiliación al RAIS, contenidos en el formulario, como lo son el retracto y la rescisión. Añadió que debe tenerse en cuenta la sentencia C-042 de 2009, en la que la Corte Constitucional desarrolló el principio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la CP, adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005; aunado a que el principio de interés general debe primar sobre el particular, porque la declaración de ineficacia sí afecta el patrimonio público, porque el ahorro individual del actor, quien no participó en el RPM, no será suficiente para financiar su prestación, vulnerándose a su vez, los principios de solidaridad, equidad y eficiencia del sistema. Solicitó la revocatoria de la condena en costas, teniendo en cuenta que Colpensiones no hizo parte del acto jurídico de traslado, y por ende, no es la generadora de la ineficacia declarada, sumado a que ha sido vinculada al proceso por tener la calidad de *litis consorcio* necesario, que si bien ha ejercido su derecho de contradicción y de defensa proponiendo excepciones, ello lo ha sido con fundamento en las normas jurídicas vigentes, mismas que la entidad está llamada a observar.

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo que en cada caso se deben analizar los supuestos de hecho a efectos de determinar similitud con las situaciones estudiadas por la línea jurisprudencial, la cual no se presenta en sub examine, como quiera que el actor se afilió por su propia cuenta a la administradora de pensiones privada, en el año 2002 y lo hizo de manera libre, voluntaria e informada, conforme a las cargas legales impuestas a los fondos para la época, acotando que los supuestos rigurosos respecto de los cuales se pretende reprochar al fondo, desconocen el principio de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica. Adujo que la ineficacia del traslado implica considerar que el negocio jurídico nunca tuvo lugar, y por ende, los frutos nunca se causaron al ser propios del RAIS, no pudiéndose impartir condena por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, porque ello conlleva una condena mejor y diferente que el actor tendría en el RPM, en contravención a lo estipulado en el artículo 897 del C. Co. Dijo que el fondo ha actuado como un agente oficioso involuntario, porque creyendo administrar su actividad, lo que hizo en realidad fue gestionar el negocio de otro, obteniendo unos rendimientos superiores a los que se hubieren generado en el RPM, precisando que el fondo únicamente debe retornar los frutos que hubiere obtenido Colpensiones, además, debe reconocérsele los gastos de administración por la gestión de los aportes del afiliado, en virtud de las restituciones mutuas y como compensación económica, en aras de no dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM. Añadió que los recursos a restituir debe atender los términos del artículo 7º del 3995 de 2008, además, que los seguros previsionales ya fueron trasladados a la respectiva aseguradora que ha beneficiado al demandante durante toda su afiliación, para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, siendo claro que la AFP se encuentra en imposibilidad de retornarlos, al encontrarse en poder de terceros de buena fe. Concluyó que debe revocarse la indexación, porque los rendimientos financieros son superior a esa condena, que permiten a Colpensiones el reconocimiento pensional a que haya lugar, sin ninguna dificultad, agregando que ante la improcedencia de la ineficacia del traslado, debe desestimarse la condena en costas, conforme a los términos del artículo 365 del CGP, cuyo valor de las agencias en derecho en todo caso, resulta desbordado, porque el caso analizado

es de baja complejidad, dado que su resolución implica la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por GERARDO ALBERTO AYERBE ROJAS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador

consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el**

caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos***

<u>que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)”</u> (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 45 archivo 01 ED), **<u>única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS</u>**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo

que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor fue claro al manifestar que hacia el año 2002, en el medio se hablaba mucho de la desaparición del ISS y de la necesidad de cambiarse al sector privado, por manera que ante la gran incertidumbre que ello generaba, él recibió a un asesor comercial de Porvenir S.A., quien le ofreció trasladarse para no tener inseguridad frente a la pérdida de sus semanas cotizadas al RPM, lo cual se le hizo una oferta muy atractiva, sobre todo porque se le dijo que el fondo pertenecía a una empresa privada, que gozaba de bastante solidez, y es por ello que aceptó el cambio, firmando el formulario de afiliación, sin recibir otro tipo de información, mucho menos de las características propias del RAIS (Min. 05:07 – 18:50 archivo de audio y video 24 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el promotor de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como la

SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la apoderada de PORVENIR S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional

de la cuenta individual del afiliado, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el

interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR** manifiestan en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que fue acertada la decisión del A quo de imponer condena en costas contra COLPENSIONES y PORVENIR de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de las entidades durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fueron vencidas en juicio, lo que implica que asuman la carga económica antes aludida. En cuanto al monto de las agencias en derecho, no se hará pronunciamiento, toda vez que el valor impuesto por tal concepto, debe ser debatido mediante el recurso de apelación del auto que apruebe la liquidación de costas, conforme al numeral 5º del artículo 366 del CGP.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIMAR la sentencia del 1º de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2017-00805-01
DEMANDANTE:	JOSÉ MIGUEL ALGARRA ACHURY
DEMANDADO:	CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 28 de abril de 2021
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Intermediación laboral-Contrato de trabajo
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por el DEMANDANTE y las DEMANDADAS CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS, SERVIOLA S.A.S. y ACTIVOS S.A.S. contra la sentencia del 28 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ MIGUEL ALGARRA ACHURY** contra **CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS, COOPRODUCTIVOS CTA, ACTIVOS S.A.S.** y **SERVIOLA S.A.S.,** con radicado No. **11001-31-05-007-2017-00805-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que entre él y la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de abril de 2002 y el 10 de abril de 2016, en virtud del cual se desempeñó como mesero, con la intermediación laboral de ACTIVOS S.A.S., SERVIOLA S.A.S. y COOPRODUCTIVOS CTA, la cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; igualmente, que se declare que la terminación del contrato de trabajo acaecida el 28 de noviembre de 2012, fue ilegal, debido a la presión ejercida por el patrono y entes que allí intervinieron. En consecuencia, se condene a las demandadas, junto con las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, dotaciones, vacaciones, horas extras, dominicales y festivos generados durante la vigencia de la relación laboral, tendiendo en cuenta el último salario realmente devengado, así como aportes al Sistema General de Pensiones, sanción moratoria, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que trabajó al servicio de la Corporación Club los Lagartos del 1º de abril de 2022 al 10 de abril de 2016, desempeñándose como Mesero, lo cual ocurrió con la intermediación de: i) Activos S.A.S. del 1º de abril de 2002 al 31 de agosto de 2003 ii) Serviola S.A.S. del 1º de septiembre de 2003 al 30 de noviembre de 2003 iii) Cooproductivos CTA del 1º de noviembre de 2003 al 30 de noviembre de 2012 iv) Activos S.A.S. del 1º de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2013 v) Serviola S.A.S. del 1º de enero de 2014 al 30 de noviembre de 2014. Que entre el 1º de diciembre de 2014 y el 10 de abril de 2016, laboró como mesero, siendo vinculado como trabajador directo de la Corporación Club los Lagartos devengando como salario la suma final de $1.050.000. Que la labor fue ejecutada de manera personal y atendiendo las instrucciones del empleador, con los elementos, uniforme, menaje e instrumentos de trabajo suministrados por el Club, en el horario de martes a domingo incluidos los días festivos de 11:am a 7:30 p.m., o de 6:00 am a 2:30 p.m. y, si había evento se continuaba con el turno hasta el otro día. Que su jefe inmediato durante la vigencia del vínculo laboral fue Mario Castañeda, Jefe Maitre, quien hacía parte de la planta de personal de la Corporación Club los Lagartos. Que para la ejecución de sus labores, debía portar el carné y el

[1] Archivo 01 y Archivo 15 Expediente Digital

uniforme del Club demandado con su logotipo, e igualmente, diligenciar de manera diaria una planilla de distribución de personal al momento del ingreso, lo cual era diseñado por el Jefe Maitre, aunado a que debía asistir a capacitaciones y prestar servicios a los socios del Club fuera de sus instalaciones, en representación de este. Que la CTA le hizo firmar un convenio de trabajo, el cual también era suscrito por el señor Hernando Vargas como representante legal, sin embargo, este se desempeñaba como Maitre del Club en calidad de trabajador directo, lo cual también ocurrió con el contador y el revisor fiscal de la CTA. Que el Club los Lagartos era quien hacía los llamados de atención, otorgaba los permisos e imponía las sanciones a que hubiere lugar. Que el 28 de noviembre de 2012, con el aval del Inspector del Trabajo de Girardot y ante la liquidación de la CTA, se suscribió un acta de conciliación para dar por terminado el vínculo existente con esta última e iniciar una nueva relación laboral con una empresa de servicio temporal, lo cual en efecto suscribió debido a la presión ejercida por la empleadora y por los demás intervinientes de la reunión que tuvo lugar en Piscilago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ACTIVOS S.A.S.[2]

Esta demandada contestó la demandada oponiéndose a las pretensiones, argumentado que en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados con la Corporación Club los Lagartos, vinculó al demandante a través de un contrato de trabajo por obra y labor, que se ejecutó del 1º de diciembre de 2012 al 30 de noviembre de 2013, el cual finiquitó por finalización de la obra, según lo informó la empresa usuaria. Que durante la vigencia de esa relación laboral, afilió al actor al Sistema General de Seguridad Social, pagándole todos sus aportes conforme al salario devengado, además, le canceló al trabajador todas los salarios, prestaciones sociales y vacaciones generadas. Advirtió que el término del contrato no excedió el tiempo de un año, en acatamiento a lo previsto en el Decreto 4369 de 2006.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: Prescripción, pago, compensación, inexistencia de las obligaciones y derechos pretendidos, y la genérica.

[2] Archivo 04 del Expediente Digital

SERVIOLA S.A.S[3]

Esta demandada contestó la demandada oponiéndose a las pretensiones, argumentado que el actor laboró a su favor entre el 1º de septiembre de 2003 y el 15 de noviembre de 2003, así como entre el 1º de diciembre de 2013 y el 9 de noviembre de 2014, ostentando la calidad de trabajador en misión de la Corporación Club los Lagartos. Que durante la vigencia de esas relaciones laborales afilió al actor al Sistema General de Seguridad Social, pagándole todos sus aportes conforme al salario devengado, además, le canceló todas los salarios, prestaciones sociales y vacaciones generadas. Advirtió que el término de los vínculos laborales, no excedió el tiempo de un año, en acatamiento a lo previsto en el Decreto 4369 de 2006. Añadió que el 7 de noviembre de 2014, concilió con el accionante todas las diferencias existentes, todo ello ante el Ministerio del Trabajo, declarándola el actor a paz y salvo de todos los derechos inciertos y discutibles que le pudieren corresponder, para lo cual aceptó el pago de la suma de $250.000.

Propuso como excepciones previas las de prescripción y cosa juzgada y, como excepciones de mérito las que denominó prescripción, pago, compensación, inexistencia de las obligaciones y derechos pretendidos, y la genérica.

CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS[4]

La demandada se opuso a las pretensiones de la demandada indicando para el efecto que, el único contrato de trabajo celebrado con el actor, lo fue a término fijo, y se ejecutó del 8 de noviembre de 2014 al 10 de abril de 2016, cuando terminó sin justa causa, con el pago de la respectiva indemnización. Añadió que los servicios prestados por el actor antes de tal relación, lo fueron a través de Activos y Serviola, empresas completamente diferentes e independientes, e igualmente, por virtud del contrato de prestación de servicios que se celebró con Cooproductivos CTA, la cual se comprometió a actuar de manera autónoma y autogestionaria. Añadió que durante la vigencia de la

[3] Archivo 06 Expediente Digital
[4] Páginas 1 a 33 Archivo 12 del Expediente Digital

relación laboral existente con el demandante, pagó todos los derechos laborales que se generaron a su favor.

Propuso como excepción previa la de cosa juzgada y, como excepciones de mérito las que denominó buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cosa juzgada y la genérica.

COOPRODUCTIVOS CTA

El Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda y la reforma de la demanda por parte de esta demandada, quien actúa a través de *Curador ad litem*[5].

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de abril de 2021, declaró la existencia de una relación laboral regida por contratos a término fijo, entre el demandante y la Corporación Club los Lagartos, respecto del cual actuaron como intermediarias Activos SAS, Serviola S.A.S y Cooproductivos CTA, desde el 1º de abril de 2002 hasta el 10 de abril de 2016, sin solución de continuidad, devengando como último salario la suma de $1.050.000; condenó de manera solidaria a la Corporación Club los Lagartos y a Cooproductivos a pagar a favor del convocante la suma de $17.997.104,82 por cesantías y la suma de $2.092.331,71 por intereses a las cesantías; condenó a la Corporación Club los Lagartos a pagar a favor del convocante la suma de $25.200.000 por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del CTS, equivalente a un día de salario por cada día de mora, desde el 11 de abril de 2016 hasta el 17 de mayo de 2019, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superfinanciera con respecto a la liquidación final hasta que se acredite el pago total de la misma; condenó de manera solidaria a la Corporación Club los Lagartos y a Cooproductivos a pagar a favor del convocante y con destino al Fondo de Pensiones, los aportes a seguridad social del actor desde el 1º de abril de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2011, tomando como IBC el SMLMV, para lo cual el respectivo Fondo deberá elaborar el cálculo

[5] Archivos 14 y 19 del Expediente Digital

actuarial, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás; absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones invocadas y condenó en costas al extremo pasivo.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, previa mención de los presupuestos normativos para la declaratoria de un contrato de trabajo, que entre el 1º de abril de 2002 y el 10 de abril de 2016, el actor prestó sus servicios a favor del Club los Lagartos, por virtud de los contratos de servicios de suministro de personal, suscritos con las empresas de servicios temporales. Agregó que no se encuentra demostrado que el actor se haya vinculado como asociado de la CTA demandada y tal calidad tampoco se deduce de los testigos, por el contrario, se constata que prestó sus servicios a favor del Club demandado bajo la subordinación de este, cuando supuestamente hacía parte de la CTA, desempeñando funciones y labores propias del objeto social de Club, esto es, como mesero, cumpliendo su horario de trabajo y en sus instalaciones o de sus socios. Así, determinó que el convocante mientras estuvo supuestamente vinculado a la CTA, en realidad se desempeñó como trabajador del Club, lo cual también se deduce del interregno en el que este contrató con las EST, mismas que en verdad fungieron como simples intermediarias, al no quedar probada la causal de contratación con el demandante, que lo fue el aumento de la producción, aunado a que el tiempo de trabajador en misión, superó el término legal previsto para el efecto. Dijo que en aras de reconocer los derechos laborales a que hubiere lugar, debe reconocerse en primer término que, ha operado la excepción de prescripción sobre aquellos que se causaron con anterioridad al 9 de diciembre de 2014, exceptuando los derechos que no son prescriptibles, esto es, las cesantías, los intereses sobre las cesantías y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Añadió que debe imponerse condena por cesantías e intereses, causados del 2002 a 2011, a cargo del Club demandado y solidariamente de la CTA, acotando que los demás derechos causados antes del año 2014 se encuentran afectados por la prescripción, y los que se generaron después fueron pagados por el Club. Señaló que es procedente la sanción moratoria, porque el Club convocado pagó la liquidación de prestaciones sociales solo hasta el 19 de mayo de 2019, la cual equivale a un día de salario por un día de retardo, del 11 de abril de 2016 al 10 de abril de 2018, junto con los intereses moratorios desde el 17 de mayo de 2019, calculados sobre la liquidación consignada. Indicó que el contrato con el Club finalizó de manera legal, toda vez que este adujo al actor la terminación de la obra o labor contratada. Indicó que

entre los años 2002 y 2011 no están acreditados los aportes a pensión a favor del convocante, de suerte que el Club demandado y solidariamente la CTA, deberán asumir su pago a través del cálculo actuarial correspondiente. Concluyó advirtiendo que la excepción de cosa juzgada formulada con fundamento en las actas de conciliación suscritas por el actor, debe declararse no probada, toda vez que se encontró demostrado que este fue presionado y coaccionado para su firma y en todo caso, versaron sobre derechos derivados de la vinculación simulada que tuvo lugar a través de las intermediarias.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS apeló la sentencia y como fundamentos del recurso, sostuvo que de acuerdo a las pruebas documentales aportadas con su contestación de la demanda, el interrogatorio de parte rendido por el actor, las declaraciones de los testigos, las actas de conciliación, los pagos efectuados por la CTA, es claro que antes del 8 de noviembre de 2014, no existió ningún contrato de trabajo con el accionante, pues tal tipo de relación, tuvo lugar desde el 8 de noviembre de 2014 hasta el 10 de abril de 2016, conforme informa el contrato de trabajo, los pagos de nómina y la liquidación de prestaciones sociales.

Dijo que antes del 8 de noviembre de 2014, los trabajadores asistían a capacitaciones realizadas por la CTA y existen pagos de la relación que el demandante como asociado tenía con la misma, así como las relaciones laborales que sostenía con las empresas de servicios temporales, lo cual también se constata con las actas de conciliación a las cuales el Juzgador le restó valor probatorio bajo el argumento que existió una presión hacia el demandante, situación que es completamente contraria a los hechos, aunado a que, no puede perderse de vista que el actor no hizo alusión a ningún vicio del consentimiento, circunstancia que encuentra sentido porque este suscribió dos actas con Serviola y con la CTA ante la autoridad competente, esto es, ante el Ministerio del Trabajo, siendo por tanto, consciente de los efectos de las mismas, al serle puestas de presente y no ejercer ningún reparo.

Sobre la prescripción, refirió que el señor Juez contabilizó el término desde septiembre de 2014, sin embargo, al ser presentada la demanda el 19 de diciembre de 2017, la excepción prospera respecto de los derechos causados

con anterioridad al 19 de diciembre de 2014. Reiteró que entre el demandante y el Club no existió relación laboral con anterioridad al 8 de noviembre de 2014, porque es claro que antes de esa fecha, este sostuvo relaciones laborales con empresas distintas y ajenas al Club, las cuales siempre actuaron de manera autónoma e independiente.

Añadió que en el plenario sí obran pruebas documentales y testimoniales que dan cuenta de la calidad de asociado del actor a la CTA, pues el testigo Fernely fue claro en señalar que los trabajadores asistían a las capacitaciones realizadas por la CTA y existen comprobantes de pago por compensaciones, efectuados por esta, aunado a que el actor y la CTA celebraron conciliación, como se advierte en el acta respectiva. Adujo que el Juzgado desconoció la excepción de cosa juzgada propuesta bajo el argumento que el actor suscribió las actas de conciliación actuando bajo presión, lo cual de ninguna manera se probó en el *paginario* como ya se advirtió, ignorando que tal medio exceptivo operó en relación con los derechos laborales reclamados.

Señaló que durante la vigencia de la relación laboral existente con el convocante, se pagaron todos los derechos laborales generados a su favor, incluyendo las cesantías y los intereses sobre las cesantías. Sobre la indemnización moratoria advirtió que, una vez se dio por terminado el contrato de trabajo procedió a efectuar el cálculo de la liquidación del vínculo y efectuó su pago en los tiempos legalmente previstos, de manera que no se puede predicar su mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones patronales. Dijo que no es la llamada a reconocer condena alguna por aportes a seguridad social en pensiones, porque durante la vigencia de la relación laboral cumplió con el pago de los mismos a favor del convocante, esto desde el 8 de noviembre de 2014 y hasta el finiquito laboral, acotando que en todo caso, con anterioridad a dicha data, se encuentra demostrado el pago de los aportes por parte de cada persona jurídica con la cual laboró el demandante. Concluyó advirtiendo que cualquier derecho laboral no reconocido al actor antes del 8 de noviembre de 2014, es de responsabilidad de las demás demandadas, a más que al no proceder condena en contra del Club, tampoco ha de accederse a las costas del proceso.

La apoderada del DEMANDANTE recurrió el fallo de manera parcial, aduciendo que la condena impuesta debe ser asumida por el demandado Club los Lagartos únicamente, teniendo en cuenta que la CTA convocada a la fecha

de esta sentencia, se encuentra liquidada, máxime que dentro del proceso se demostró que dicha Cooperativa fue creada por la demandada Club los Lagartos, en aras de vincular arbitrariamente a sus trabajadores, entre ellos el accionante, además porque resulta claro que al no existir la Cooperativa de Trabajo asociado, se torna imposible hacer efectiva una condena solidaria respecto de ella.

El apoderado de las demandadas ACTIVOS y SERVIOLA, formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis que, no es procedente condenar en costas a las entidades en mención, todas vez que ni en la parte motiva, ni en la parte resolutiva de la sentencia se impuso condena alguna en contra de dichas empresas de servicios temporales, aunado a que como acertadamente lo concluyó el Despacho, cualquier derecho causado a favor del demandante con anterioridad al 19 de diciembre de 2014 se encuentra prescrito, de suerte que las empresas anotadas se encuentran totalmente beneficiadas con tal resolución, porque los contratos celebrados entre estas y el accionante tuvieron lugar hasta el 30 de noviembre de 2013, en el caso de Activos, y para el caso de Serviola, hasta el 9 de noviembre de 2014.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite el* determinar; primero, si la Corporación Club los Lagartos fungió como verdadero empleador del demandante desde el 1º de abril de 2002 y el 10 de abril de 2016;

segundo, si la excepción de prescripción operó sobre los derechos laborales causados con anterioridad al 19 de diciembre 2014; tercero, si se equivocó el *A quo* al imponer condena en contra del Club los Lagartos por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria y aportes a seguridad social en pensiones; cuarto, si Cooproductivos CTA no debe ser condenada como responsable solidaria de las obligaciones adeudadas, ante su liquidación; quinto, si debe revocarse la condena en costas impuesta sobre Activos S.A.S. y Serviola S.A.S.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del vínculo laboral entre el demandante y las sociedades Activos S.A.S. y Serviola S.A.S., pues tal aspecto fue aceptado por las llamadas a juicio en los respectivos escritos de contestación de la demanda; del mismo modo, se acreditó tal situación con los documentos que fueron adosados al plenario, tales como contratos de trabajo, certificaciones y cartas de terminación de la relación contractual; sin embargo, y dado que el demandante aduce la existencia de una verdadera relación de trabajo con el Club los Lagartos, mientras se desempeñó como trabajador en misión de las referidas empresas de servicios temporales, y como asociado de la CTA Cooproductivos, todo ello, entre el 1º de abril de 2002 hasta el 10 de abril de 2010, habrá la Sala de estudiar tal aspecto, como quiera que la encartada Club los Lagartos insiste en referir que el vínculo laboral con el extremo activo, tuvo lugar únicamente entre el 8 de noviembre de 2014 y el 10 de abril de 2016.

Así, en aras de esclarecer la realidad del vínculo alegado, ha de precisar inicialmente la Sala que sobre las empresas de servicios temporales, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006 las define como aquellas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios de una labor prestada por personas naturales vinculadas de manera directa por la empresa de servicios temporales. Asimismo, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 dispone:

> *«Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.*

> *2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
>
> *3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*
>
> ***Parágrafo.*** *Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.»* (Subraya fuera de texto).

En este sentido, cuando la contratación no se encuentra soportada en ninguna de las causales contenidas en la norma en comento, ello es, para la producción o reemplazo de trabajadores, y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria, como así lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de enero de 2010, radicación 32856, en la que enseñó:

> *«...que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.*
>
> *Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.».*

Ahora bien, en punto a las Cooperativas de Trabajo Asociado, debe decirse que se trata de organizaciones que vinculan el trabajo de personas para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios; nacen de la libre y autónoma voluntad de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

Como en el caso de las Cooperativas, los socios son los mismos trabajadores, éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar sus relaciones y tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa.

De acuerdo con los elementos establecidos en la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado, se caracterizan por ser los asociados al mismo tiempo, los aportantes de capital y los gestores de la empresa; el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación está consagrado en los estatutos y reglamentos de la Cooperativa y las diferencias que surjan entre las partes se someterán al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria.

Frente al tema de la contratación a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias proferidas dentro de los Radicados Nos. 25713 del 6 de diciembre de 2006, 32505 del 17 de febrero de 2009 y 35790 del 25 de mayo de 2010 y sentencia SL 6441 del 15 de abril de 2015, en relación a que la celebración de contratos con dichas Cooperativas, no puede ser utilizada para ocultar la existencia de una relación de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales que se causen.

Igualmente, debe precisar la Sala que si bien en los términos del artículo 3º del Decreto 4588 del 2006, los trabajadores asociados a través de las Cooperativas, pueden prestar sus servicios personales a una persona natural o jurídica, no puede pasarse por alto que si son enviados a realizar labores propias del usuario o tercero beneficiario del servicio, o se permite que respecto a ellos se generen relaciones de subordinación o dependencia, se configura la prohibición contenida en el artículo 17 del mencionado decreto, lo cual genera como consecuencia, considerar como trabajador dependiente del tercero que se beneficia con su trabajo y la cooperativa de trabajo asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador. Así, nótese que los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 del 2006, a la letra disponen:

> *"**ARTÍCULO 16. DESNATURALIZACIÓN DEL TRABAJO ASOCIADO**. <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.1.15 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del*

mismo Decreto 1072 de 2015> El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

***ARTÍCULO 17. PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES**. <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.1.16 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.*

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado." (Subraya fuera de texto).

Aclarado lo precedente, procede la Sala a analizar el caso sometido a consideración, para lo cual habrá de analizar el material probatorio allegado a las diligencias, encontrando que a páginas 39 a 68 del archivo 12 del ED, obran diversos contratos de prestación de servicios de suministro de personal celebrados entre la Corporación Club Los Lagartos y las empresas de servicios temporales demandadas, en los cuales se observa que el objeto de la contratación consistió en que cada empresa *"se compromete a prestar los servicios de suministro de personal temporal supliendo las necesidades de personal de EL CLIENTE"*, aunado que cada empresa de servicios temporales *"proporcionará los Recursos Humanos que requiera EL CLIENTE, para desarrollar las labores que EL CLIENTE le asigne. Las labores serán desarrolladas por personas naturales…",* siendo la EST el empleador, y por ello llevará a cabo los procesos de salud ocupacional y todo lo concerniente con la contratación de personal a suministrar.

De igual modo, se observa en las páginas 34 a 38 del Archivo 12 del ED, que la Corporación Club Los Lagartos celebró contrato de prestación de servicios con Cooproductivos CTA, con el objeto de que esta de manera autónoma y autogestionaria preste *"el servicio de outsorcing a través de sus asociados, no sujetos al régimen laboral ordinario para ningún efecto y para ninguna de las partes para…apoyo en la prestación de todo tipo de servicios que brinda el club a sus socios, tales como mesa, bar cocina, aseo, mantenimiento de instalaciones sociales y deportivas".*

En virtud de lo anterior, se constata que el actor presentó los siguientes vínculos, a efectos de prestar sus servicios a favor de la Corporación Club Los Lagartos:

Tabla 1

Empresa	**Inicio labor**	**Fin labor**	**Salario devengado**	**Cargo**	**Objeto contrato**	**Páginas**
Activos S.A.S.	01/04/2002	30/08/2003	$335.000	Mesero	-	25 Archivo 05 ED
Serviola S.A.S.	01/09/2003	15/11/2003	$335.000	Mesero	-	44 Archivo 7 del ED
Cooproductivos CTA	16/11/2003	30/11/2012	$567.000	Mesero	-	57 a 67, 96 a 103 Archivo 02 y 69 a 70 Archivo 12 ED
Activos S.A.S.	01/12/2012	30/11/2013	$800.000	Auxiliar capitán	Aumento de producción	1 a 2 y 5 Archivo 05 ED
Serviola S.A.S.	01/12/2013	09/11/2014	$800.000	Auxiliar capitán	Aumento de producción	1 a 2 y 4 Archivo 07 del ED
Corporación Club Los Lagartos	08/11/2014	10/04/2016	$1.000.000	Mesero		72 a 79 y 84 Archivo 12 del ED

De la relación en referencia, se constata que el demandante prestó sus servicios a favor del Club demandado, inicialmente a través de dos empresas de servicios temporales, e igualmente, por medio de la CTA Cooproductivos, pues contrario a lo afirmado por el Juzgado de Primer Grado, aunque no obra documento de afiliación del convocante a la dicha organización, se encuentra aceptado por este en su interrogatorio, que se vinculó a la misma (minuto 8:50 a

32:48 archivo de audio 22 ED), lo cual fue ratificado por el representante legal del Club accionado en su respectiva declaración (minuto 33:32 a 49:56 archivo de audio 22 ED), aunado a que obran comprobantes de pago efectuados por la CTA a favor del demandante (páginas 57 a 67 y 96 a 103 Archivo 02 ED) y acta de conciliación celebrada entre esta y el actor para dar por terminado el vínculo existente entre ellos (páginas 69 a 70 Archivo 12 ED).

Sumado a ello, se observa que una vez terminó el vínculo celebrado entre la CTA y el demandante, este fue vinculado nuevamente al Club demandado a través de otras dos empresas de servicios temporales, para finalmente, ser contratado como trabajador directo de dicho Club, a través de contrato de trabajo a término fijo.

Así, se tiene que, como lo alega la apoderada del Club llamado a juicio, antes del 8 de noviembre de 2014, este no tenía ninguna vinculación directa con el convocante, sin embargo, no puede pasar por alto la alzadista, que tal circunstancia es apenas aparente, porque al analizar en detalle cada una de las vinculaciones celebradas por el señor ALGARRA ACHURY con las empresas de servicios temporales y la CTA, se comprueba que las mismas tuvieron lugar con total desconocimiento de las normas laborales que regulan cada tipo de vinculación.

Ello es así, porque el actor entre el 1º de septiembre de 2002 y el 30 de agosto de 2003, fue vinculado por el Club, en calidad de mesero a través de la EST Activos S.A.S. y a partir del 1º de septiembre de 2003 y hasta el 15 de noviembre de 2003, lo vinculó en calidad de mesero, a través de otra empresa de servicios temporales llamada Serviola, echando mano de ese tipo de contratación por un tiempo total de año y medio, en claro desconocimiento de la prohibición estatuida en el Parágrafo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, según la cual cumplido el plazo de 6 meses más la prórroga de 6 meses, la empresa usuaria no puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación del mismo servicio.

Tal situación, también aconteció cuando el actor fue contratado posteriormente, con Activos S.A.S. y con Serviola S.A.S., pues el vínculo laboral celebrado con la primera EST para desempeñar el cargo de Auxiliar Capitán se

ejecutó desde el 1º de diciembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2013, siendo vinculado a través de Serviola S.A.S. en el mismo cargo, del 1º de diciembre de 2013 al 8 de noviembre de 2014, esto es, por un año y 11 meses, desconociéndose nuevamente el término mínimo previsto en la ley para la contratación de personal en misión, aunado al hecho que el aumento de producción como causa justificativa de dicha contratación, no se encuentra probada en el plenario.

De suerte que, en nada se equivocó el Juzgado de Conocimiento al concluir que cuando el actor prestó sus servicios al Club demandado por vía de las EST, en la realidad actuó como verdadero empleador, siendo tales empresas simples intermediarias, pues esa es la consecuencia prevista cuando se desdibuja la figura de los trabajadores en misión y se desconoce el plazo máximo previsto en la ley para su contratación.

En cuanto a la prestación de los servicios a favor del Club, cuando el demandante ostentaba la calidad de asociado a la CTA, debe indicar la Sala de Decisión que igualmente debe concluirse que el *A quo* acertó al referir que en la realidad el mentado Club actuó como verdadero empleador y Cooproductivos CTA como simple intermediaria, toda vez que el desempeño del convocante lo fue en una labor que hace parte del objeto social del demandado, como lo es la actividad de mesero, capitán de servicios y toma de pedidos, según así lo refirieron los testigos Fernely Álvarez Pachón (minuto 01:01:51 a 01:37:47 archivo de audio 22 ED) y Ernesto Moreno Calderón (minuto 01:56:48 a 02:04:50 archivo de audio 22 ED), pues nótese que conforme al certificado de existencia y representación legal de la Corporación Club Los Lagartos, este un club social y deportivo, constituido para fines recreativos, sociales y culturales sin ánimo de lucro (página 3 archivo 03 del expediente digital; aunado a ello, los declarantes en mención, fueron claros en indicar que el convocante recibía órdenes de los señores Mario Castañeda, Belisario Ochoa y Hernando Vargas, quienes hacían parte de la planta de personal del Club demandado.

Por tanto, diáfano resulta concluir que el extremo activo al prestar sus servicios como asociado de la CTA a favor del Club, en realidad fungió como trabajador de este último, como clara consecuencia prevista en la ley, al desempeñar funciones propias de su objeto social y cumpliendo las órdenes que este le impartía.

Puestas así las cosas, no encuentra el Tribunal yerro del Juzgado de Conocimiento al declarar la existencia de una sola relación laboral entre el señor ALGARRA ACHURY y la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS, incluyendo los períodos en los cuales se desempeñó como trabajador en misión y trabajador asociado, que conforme al resumen de vinculaciones referido en la tabla 1, tuvo lugar desde el 1º de septiembre de 2002 hasta el 10 de abril de 2016; no obstante, habrán de dejarse incólumes los extremos laborales definidos por el *A quo,* toda vez que la demandada en su alzada no discute que el inicio del vínculo laboral del actor a través de Activos S.A.S. se dio desde el 1º de abril de 2002, pues nótese que en su apelación, solo debate que antes del 8 de noviembre de 2014, el contrato de trabajo existió con empresas deferentes al Club demandado.

Por tanto, se confirmará la decisión sobre este aspecto, acotando que tampoco se modificará la naturaleza del contrato de trabajo declarada por el Juzgado de Conocimiento, esto es, a término fijo, dado que ello tampoco fue discutido por los extremos procesales.

PRESCRIPCIÓN

Debate el Club demandado la prescripción reconocida por el Juzgado de Conocimiento, pues a su juicio este no la declaró debidamente, ya que en verdad operó sobre los derechos laborales causados con anterioridad al 19 de diciembre de 2014, tendiendo en cuenta la fecha en que fue radicada la demanda.

Sobre el particular, ha de rememorarse que conforme a los artículos 488 y 489 del CST, las acreencias laborales tienen un término de prescripción de 3 años, que solo puede interrumpirse por una única vez mediante la presentación de la reclamación del trabajador al empleador.

En el caso analizado, se tiene que la relación laboral terminó el 10 de abril de 2016, como se indicó con anterioridad y el actor interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda el 19 de diciembre de 2017, según se advierte en el acta de reparto visible a filio 113 del expediente físico, por manera que en efecto, la excepción de prescripción operó sobre las acreencias laborales, causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2014, siendo lo procedente modificar la sentencia opugnada en este aspecto, lo cual además, no tiene

ninguna incidencia sobre las cesantías, intereses a las cesantías y aportes al sistema general de pensiones, pues el Juzgado de Conocimiento declaró su imprescriptibilidad y sobre ello no media reparo alguno.

DE LAS CESANTÍAS Y LOS INTERESES

Reprocha el Club demandado la condena impuesta a título de cesantías e intereses a las cesantías, aduciendo que durante la existencia del contrato de trabajo con el demandante desde el 8 de noviembre de 2014, pagó todas las acreencias laborales generadas a su favor, aunado a que las generadas con anterioridad, fueron asumidas por las demás demandadas.

Al respecto, se encuentra que conforme a la parte motiva de la decisión opugnada, el Juzgado de Conocimiento únicamente accedió al reconocimiento de las cesantías y los intereses a las cesantías causados desde el 1º de abril de 2002 al 30 de abril de 2011, pues adujo que sólo se acreditaron pagos por tales conceptos desde la última fecha en mención, por manera que el estudio de la Sala se centrará a dicho interregno.

Así las cosas, se observa que en efecto en el período de tiempo anotado por el fallador de primer grado no se acreditan pagos a título de cesantías e intereses a las cesantías por parte de Activos S.A.S. y Serviola S.A.S., ya que las empresas de servicios temporales en mención, no allegaron ningún medio de convicción que acredite su reconocimiento entre el 1º de abril de 2002 al 30 de agosto de 2003 y entre el 1º de septiembre de 2003 al 15 de noviembre de símil año, aunado a que el actor en su interrogatorio no fue claro en indicar si le pagaron tales conceptos por los ciclos anotados.

En igual sentido, tampoco se advierte acreditado el pago de las acreencias en referencia desde que el convocante se desempeñó a favor del Club, a través de Cooproductivos CTA, esto es, desde el 16 de noviembre de 2003 y hasta el 30 de noviembre de 2011, fecha final tomada por el Juzgado para su liquidación, porque si bien en la página 8 archivo 02 del expediente digital, obra documento firmado por el actor en donde declara que el 28 de noviembre de 2012, recibió de la CTA demandada $502.195 por concepto de provisión de descanso, la suma de $386.425 por provisión de vacaciones y la suma de $1.480.894 por devolución

de ahorro fondo social, lo cierto es que no es posible establecer a qué corresponden tales conceptos, dado que al expediente no se arrimó el reglamento de Cooproductivos, no pudiendo la Sala determinar si esos pagos son equivalentes a las cesantías y a los intereses a la cesantías discutidas.

Por manera que, es procedente la condena impuesta por el *A quo* por los rubros en referencia, las cuales claramente deben ser asumidas de manera principal por el Club Los Lagartos, toda vez que, como se anotó con anterioridad, en la realidad fungió como verdadero empleador, y como quiera que no existió reparo en el valor de los mismos, la Sala dejará incólume su liquidación.

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Sobre este punto, baste con advertir tal y como lo refiere la demandada Corporación Club Los Lagartos, que en el expediente obra prueba que acredita el pago de dichos aportes, por el término de la relación laboral, pues del reporte de semanas cotizadas en pensiones visible en las páginas 4 a 6 del Archivo 02 del expediente digital, se advierte que la empleadora y las intermediarias realizaron las cotizaciones respectivas a favor del actor con destino a Colpensiones, omitiendo únicamente los aportes del 1 de diciembre de 2003 al 24 de febrero de 2004 (página 4 archivo 2), por tanto, se modificará la condena impuesta a título de cálculo actuarial a cargo del empleador Club Los Lagartos, para que la misma se extienda únicamente por el período anotado, tomando para el efecto el SMLMV, que se encuentra reportado en la historia laboral a través de Cooproductivos CTA.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La acreencia laboral que debate la pasiva se encuentra estatuidas en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que «*El reseñado artículo impone unas consecuencias*

para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores; sobre el particular adujo en proveído SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.

Descendiendo a los reparos elevados por la apoderada del Club Los Lagartos, se tiene que esta manifiesta la demostración de la buena fe por el pago oportuno de las acreencias laborales, en tanto, contrario a lo indicado por el Juzgado, a la terminación del vínculo laboral efectuó pago por consignación al demandante, frente a lo cual se tiene que en efecto se encuentra demostrado en las páginas 24 a 29 del archivo 02 del expediente digital, que la demandada reconoció al actor la liquidación de prestaciones sociales causadas desde el 8 de noviembre de 2014, efectuado su consignación pasado un mes de terminado el contrato de trabajo, esto es, el 17 de mayo de 2016. No obstante, esa sola circunstancia no exonera a la convocada en mención de la condena aquí debatida, porque no se puede pasar por alto, que a la data de terminación del vínculo no pagó las cesantías e intereses a las cesantías adeudadas desde el año 2002 hasta el año 2011, mismas que aún se encuentran pendientes de cancelación y que están a su cargo por tener la calidad de verdadero empleador, cuyo actuar no puede interpretarse desde el plano de la buena fe, en tanto que el Club demandado encubrió la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, a través de la contratación de empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado, que como se dijo, utilizó indebidamente y por fuera de los términos legales.

Es por ello que, resulta procedente la condena impuesta a título de indemnización moratoria, en los términos definidos por el Juzgado de Conocimiento, dado que sus extremos y valores, no se encuentran discutidos en la alzada.

SOLIDARIDAD DE COOPRODUCTIVOS CTA

Ahora bien, en punto a la figura de la solidaridad, encuentra la Sala que solo se presenta debate en relación con este tipo de responsabilidad respecto de Cooproductivos CTA, por cuanto considera la apoderada del demandante que al encontrarse liquidado dicho organismo, no resulta procedente imponer condena en su contra, como simple intermediaria.

Sobre este aspecto, baste con referir que, si bien todos los declarantes allegados al proceso advirtieron que Cooproductivos CTA fue liquidada desde el año 2012, lo cierto es que el único certificado de existencia y representación legal que obra en el informativo a páginas 8 a 10 del archivo 03 del expediente digital, datado 24 de enero de 2018, informa que tal Cooperativa se encuentra vigente, en tanto no aparecen en él inscripciones de disolución o liquidación, de suerte que, conforme a los términos del artículo 35 del CST, dicha Cooperativa es responsable solidaria de las obligaciones a cargo del empleador, por su actuar como simple intermediaria, y al no existir prueba en el expediente de su liquidación definitiva, no siendo por tanto atendibles los argumentos de la alzada propuesta por el actor.

COSTAS A CARGO DE ACTIVOS S.A.S. Y SERVIOLA S.A.S.

Debate el apoderado de las empresas de servicios temporales la condena que les fue impuesta por concepto de costas procesales, al advertir que no resultaron vencidas en juicio. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia, por lo que considera la Sala que no le asiste razón a las EST, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar su actuar durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que mantuvieron su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues aunque no

existe condena pecuniaria en contras de Activos y Serviola, dichas demandadas no pueden desconocer que resultaron vencidas en el proceso cuando el Juzgado de Conocimiento, en el numeral primero de la sentencia opugnada, declaró que actuaron como simples intermediarias de la relación laboral existente entre el actor y el Club demandado, siendo claro que no salieron avante las excepciones que propusieron en su contestación, razón por lo que se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada en los términos expuestos, no sin antes precisar que no se encuentra probada la excepción de cosa juzgada porque las actas de conciliación suscritas por el actor no están llamadas a producir efecto alguno, en tanto fueron celebradas con quienes no ostentaban la calidad de verdaderos empleadores. Sin Costas en esta instancia dadas las resultas de la alzada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia del 28 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** solidariamente a la COORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPRODUCTIVOS a pagar a favor del demandante señor JOSÉ MIGUEL ALGARRA ACHURY y con destino al Fondo de Pensiones, los aportes a seguridad social del actor desde el 1 de diciembre de 2003 hasta el 24 de febrero de 2004, tomando como IBC el SMLMV, para lo cual el Fondo al que está afiliado el actor deberá realizar cálculo actuarial, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia del 28 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción sobre los derechos laborales prescriptibles causados con

anterioridad al 19 de diciembre de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-009-2021-00136-01
DEMANDANTE:	JULIA MARTHA HERRERA ACEVEDO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 22 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 22 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JULIA MARTHA HERRERA ACEVEDO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-009-2021-00136-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia y anulación del traslado y de la afiliación al RAIS a cargo a PORVENIR S.A.; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado y la afiliación al RPM; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores de aportes, cotizaciones y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; se declare que, para todos los efectos pensionales, continúa gozando de todos los derechos y beneficios suministrados por COLPENSIONES a sus afiliados a través del RPM; y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se halla vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de manera permanente e ininterrumpida desde el 6 de Septiembre de 1983; que desde esa fecha y hasta Julio de 1996, estuvo afiliada al RPM; que en agosto de 1996 se trasladó al RAIS debido que PORVENIR S.A. organizó una campaña de afiliaciones masivas al interior de la entidad AERO RADIO LTDA, donde laboraba, pero fue inducida en error a través de falsas expectativas y con notoria omisión de información, siendo impulsada por las apresuradas solicitudes del Fondo Privado y motivada por las falsas expectativas propuestas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que, conforme al deber de información dispuesto para la época, informó a la actora de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses. No obstante, sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el

[1] Fs. 44-50 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 1-23 Archivo 08 Expediente Digital

público en general, ya que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, en este sentido no puede serle exigido a la demandada obligaciones inexistentes para la fecha señalada, como lo es la comparación de las ventajas y desventajas entre los regímenes entre el RAIS y el RPM.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLPENSIONES[3]

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo el traslado de régimen de la demandante, además que si esta decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma..

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada.

[3] Fs. 1-18 Archivo 06 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 22 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante entre el RPM y el RAIS, el 5 de septiembre de 1996; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que no se demostró que el traslado al RAIS de la demandante adoleciera de algún tipo de vicio en el consentimiento, aunado a que una vez suscribió el traslado, la actora tuvo el tiempo suficiente para informarse de todos los pormenores que implicaba desafiliarse del otrora ISS a efectos de retornar al RPM, pero por el contrario, lo que hizo fue afiliarse a otra AFP de RAIS, por lo que no existe un perjuicio claro, cierto y especifico como consecuencia del traslado y tampoco se configuró alguna causal de nulidad o

ineficacia establecidas en la legislación civil, razón por la cual no puede alegar como causal de nulidad un error en un punto de derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JULIA MARTHA HERRERA ACEVEDO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de

septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen

el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **PORVENIR S.A.** (f. 32 Archivo 08 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en que se trasladó al RAIS porque le dijeron que se pensionaría con el último salario percibido, siendo eso lo que la impactó y lo que la llevó a suscribir el formulario de afiliación, pero que no le explicaron cuáles eran las características del régimen que le estaba ofertando (Min. 10:50 - 32:05 archivo de audio y video 012 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y las comisiones. Sin embargo, la A quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que también han de ser devueltos por PORVENIR S.A., además que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por

todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 22 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que **PORVENIR S.A.** también está obligada en trasladar a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la señora **JULIA MARTHA HERRERA ACEVEDO** estuvo afiliada en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-009-2020-00138-01
DEMANDANTE:	BERENICE LADINO MELO
DEMANDADO:	GABRIEL VARGAS BUITRAGO
ASUNTO:	Apelación Auto y Sentencia del 27 de enero de 2022
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Medidas cautelares-cálculo actuarial
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra el auto del 27 de enero de 2022, mediante el cual se negaron las medidas cautelares solicitadas, así como el recurso de apelación formulado por la parte DEMANDADA contra la sentencia del 27 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BERENICE LADINO MELO** contra **GABRIEL VARGAS BUITRAGO** con radicado No. **11001-31-05-009-2020-00138-01.**

A continuación, se procede a proferir el siguiente: **AUTO** y **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 5 de junio de 1998 al 29 de agosto de

[1] Páginas 29 a 37Archivo 1 Expediente Digital

2018, en virtud del cual desempeñó el cargo de cajera en el establecimiento de comercio *"Café Tostado"*; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, la sanción moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, aportes a pensión del 1º de junio de 2002 hasta el 31 de mayo de 2007, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 5 de junio de 1998 celebró contrato de trabajo a término indefinido con el demandando, para desempeñar el cargo de cajera en el establecimiento de comercio Estación Café de Paz, que al pasar el tiempo, cambió su razón social a Café Tostado, devengando como último salario la suma de $1.010.520. Que trabajó de lunes a domingo, con un día de descanso a la semana. Que fue afiliada al Sistema de Seguridad Social, sin embargo, el empleador omitió el pago de los aportes a pensión entre el 1º de junio de 2002 y el 31 de mayo de 2007, frente a lo cual Colpensiones le indicó que existía una omisión en la afiliación que se subsana mediante el pago de la reserva actuarial que debió mantener el patrono por ese tiempo, y es por ello que le ha negado su pensión de vejez. Que la relación laboral terminó el 29 de agosto de 2018, cuya liquidación fue elaborada por el demandado el 31 de agosto de símil año, sin embargo, no le fue pagada la prima causada desde junio de esa anualidad, tampoco le fueron consignadas las cesantías causadas durante toda la relación laboral, ni pagados los intereses a las cesantías por todo el mismo período.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones de condena, argumentando que pagó a favor de la activa las prestaciones y vacaciones reclamadas, aunado a que, si bien omitió realizar los aportes pensionales por el período comprendido entre el 1º de junio de 2002 hasta el 31 de mayo de 2007, lo cierto es que a la data de terminación del contrato de trabajo, la demandante aceptó que su empleador continuaría realizando las cotizaciones con posterioridad al finiquito laboral, por lo que en la actualidad esos aportes se siguen efectuando, a fin de lograr las 1.300 semanas que requiere la actora para reunir el tiempo exigido por Colpensiones.

[2] Páginas 7 a 13 Archivo 3 Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Buena fe, prescripción, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de enero de 2022, condenó al demandado a pagar el cálculo actuarial de los aportes en pensión a favor de la demandante en el fondo en el que se encuentre afiliada, del período comprendido del 1º de junio de 2002 al 31 de mayo de 2007, teniendo en cuenta como salario base de cotización el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, para lo cual el demandado deberá presentar la respectiva solicitud al Fondo de Pensiones, una vez ejecutoriada la decisión y cancelar la suma establecida por dicha entidad, dentro del plazo máximo determinado por la misma; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y totalmente probada la excepción de compensación; absolvió al convocado de las demás pretensiones de la demanda y le impuso costas.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, en síntesis, que no existe discusión frente a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos dado que la demandada los aceptó en su contestación. Agregó que, al terminarse la relación laboral el 29 de agosto de 2018 e interponerse la demanda el 3 de marzo de 2020, los derechos causados con anterioridad al 3 de marzo de 2017 se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, a excepción de las cesantías que se hacen exigibles a la data del finiquito y las vacaciones que se hacen exigibles al año de su causación. Dijo que se acreditan pagos a favor de la parte actora por cesantías e intereses a las cesantías de $12.702.964 y $7.000.000, por manera que efectuados los cálculos de rigor, se tiene que dichos pagos cancelaron tales prestaciones, quedando un saldo a favor del demandado de $7.634.285, el cual permite declarar la excepción de compensación respecto de la prima de servicios de junio de 2018, las vacaciones del año 2018 y la sanción por falta de consignación de las cesantías causada del 15 de febrero de 2017 al 14 de febrero de 2018. Añadió que no procede la indemnización moratorio reclamada, ya que los pagos efectuados a la trabajadora dos días después de terminado el vínculo laboral, implicaron el reconocimiento de las prestaciones sociales aquí perseguidas, denotando una conducta de buena fe por parte del convocado. Finalmente, dijo que los aportes de seguridad social en pensiones son una obligación que se encuentra en los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, en los que se establece que serán afiliados al

Sistema General de Pensiones en forma obligatoria todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y que el empleador será el responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores, acotando que conforme a la historia laboral de Colpensiones, la actora no fue afiliada a la entidad por el interregno indicado en la demanda, por manera que al verse afectada la expectativa pensional de la convocante, debe ordenarse el pago del cálculo actuarial, sin que sea de recibo el argumento de la pasiva, dado que tal obligación legal, no puede compensarse con los aportes que se vienen efectuando con posterioridad.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación argumentando en síntesis que no es procedente imponer condena a título de cálculo actuarial, toda vez que siempre ha actuado de buena fe, al no desear perjudicar los intereses de la demandante, pues durante la vigencia de la relación laboral efectuó su afiliación al sistema de seguridad social, excepto por el interregno comprendido del 1º de junio de 2002 al 31 de mayo de 2007, y es por ello que, a la data del finiquito la demandante aceptó que el empleador continuara efectuando aportes pensionales con posterioridad a esa terminación, los cuales se realizaron entre los años 2018 a 2020 y se siguen efectuando hasta la fecha, por el tiempo que le hace falta a la activa para obtener la pensión de vejez.

SOLICITUD MEDIDAS CAUTELARES

Proferida la sentencia de primer grado, el apoderado de la parte actora solicitó dar aplicación al artículo 85A del CPT y de la SS, esto es, acceder a la medida cautelar solicitada en la demanda, toda vez que el convocado está incurriendo en acciones que tienen como finalidad insolventarse, de conformidad con el certificado de tradición y libertad aportado al Despacho por correo electrónico del 30 de noviembre de 2021.

PROVIDENCIA QUE RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

El Juzgado de Conocimiento negó la solicitud de medidas cautelares, aduciendo para el efecto que únicamente se aporta como prueba certificado de tradición y libertad del bien inmueble en el que se observa que el accionado transfirió a título de donación, el 50% de sus derechos de dominio a la señora María Carolina Vargas, circunstancia que por sí sola no implica que el convocante esté asumiendo actos tendientes a insolventarse, porque solo se trata de la transferencia de derechos en un 50% del bien inmueble.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA PROVIDENCIA QUE RESUELVE MEDIDAS CAUTELARES

Contra la anterior determinación el apoderado de la parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación, argumentando que el accionado era titular únicamente del 50% del bien inmueble relacionado en la demanda, y es ese porcentaje el que transfirió a título de donación, pues el otro 50% pertenece a la señora Romelia Lucy Jaimes Jaimes, por manera que en el presente caso se tiene que el convocado está incurriendo en actos tendientes a insolventarse, máxime que era propietario de 3 bienes inmuebles, mismos que fueron trasladados a terceras personas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite* los siguientes: primero, si es o no procedente decretar la medida cautelar solicitada por la parte actora; segundo, si la parte demandada está llamada a reconocer y pagar el cálculo actuarial por los aportes a pensión comprendidos entre el 1º de junio de 2002 y el 31 de mayo de 2007, pese a mediar un acuerdo de pago entre las partes sobre tal obligación.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo entre las partes y sus extremos, dado que desde la contestación de la demanda el convocando aceptó los mismos, aunado a que el Juzgado de conocimiento determinó que la actora devengó el salario mínimo legal mensual vigente establecido por el Gobierno Nacional para cada anualidad, exceptuando el año 2016, al encontrarse probada una remuneración de $900.000; consideraciones respecto de las cuales las partes no efectuaron reparo alguno en sus recursos de apelación. Por tanto, procede la Sala a desatar los problemas jurídicos planteados, comenzado por el estudio de la medida cautelar propuesta por la parte activa.

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 85-A del C.P.T. y S.S., dispone lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 85-A. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO ORDINARIO.** Cuando el demandado, en proceso ordinario, efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, podrá imponerle caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente proceso entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar.*
>
> *En la solicitud, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, se indicarán los motivos y los hechos en que se funda. Recibida la solicitud, se citará inmediatamente mediante auto dictado por fuera de audiencia a audiencia especial al quinto día hábil siguiente, oportunidad en la cual las partes presentarán las pruebas acerca de la situación alegada y se decidirá en el acto. La decisión será apelable en el efecto devolutivo.*
>
> *Si el demandado no presta la caución en el término de cinco (5) días no será oído hasta tanto cumpla con dicha orden."*

De acuerdo con la norma en cita, son tres los supuestos establecidos para la procedencia de la imposición de caución: 1. Cuando el demandado efectúe actos tendientes a insolventarse; 2. Cuando efectúe actos tendientes a impedir la efectividad de la sentencia y; 3. Cuando se encuentre en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

Estas tres hipótesis, requieren una carga probatoria que evidencie, de manera suficiente, que están ocurriendo tales hechos o que la situación financiera del demandado es insostenible y que es altamente probable que no pueda cumplirse

una eventual sentencia condenatoria, siendo necesario precaver tal situación, buscando garantizar a lo menos parte de las pretensiones demandadas.

No puede entonces quedar la medida cautelar apoyada en meras especulaciones o posibilidades, porque de entenderse así, en todos los procesos ordinarios se deberían imponer esta clase de medidas, pues todos los empleadores están sujetos a los riesgos del mercado y siempre está dentro de las posibilidades que puedan pasar por situaciones económicas difíciles.

Bajo ese entendido, la medida que trae la Codificación Adjetiva Laboral está encaminada a que, con base en hechos concretos, se pueda verificar que, en el caso particular, efectivamente esas dificultades o esas actuaciones de insolvencia están teniendo ocurrencia o es altamente probable que se puedan presentar y, aunado al carácter *"grave"* y *"serio"* que debe revestir la situación de la demandada.

Advertidos los presupuestos fácticos y probatorios que deben confluir de cara a la procedencia de la imposición de caución, en el asunto bajo estudio, observa la Sala que la parte demandante cimienta la imposición de la medida cautelar en la donación de los derechos de dominio que el convocado ostenta sobre el bien inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 50N-1026545.

En dicho contexto, debe mencionar la Sala que verificado el certificado de tradición y libertad del mentado bien inmueble, en efecto como lo menciona la parte actora, el señor Gabriel Vargas Buitrago ostentaba el 50% de los derechos de dominio de tal bien, según se observa en la página 4 archivo 7 del expediente digital, lo cual fue donado por el convocado a la señora María Carolina Vargas Jaima el día 17 de abril de 2021, conforme a la página 5 archivo 7 del expediente digital, circunstancia que para la Sala constituye un acto tendiente a insolventarse por parte del señor Vargas, contrario a lo concluido por el Juzgado de Conocimiento, porque el convocando a través de donación transfirió la totalidad de los derechos que ostentaba sobre el bien en referencia que se reitera, constituyen el 50%, todo ello, cuando ya tenía pleno conocimiento del proceso, pues nótese que allegó su contestación de la demanda el 10 de marzo de 2021 (archivo 3 carpeta 2 del expediente digital), esto es, casi dos meses antes de llevarse a cabo el acto de donación.

Pese a ello, no resulta procedente acceder a las medidas cautelares expresamente solicitadas por la parte actora, como quiera que esta pretende el embargo y secuestro del bien inmueble en mención o el embargo de las cuentas bancarias que existan a nombre del accionado en los bancos BANCOLOMBIA, BANCO CAJA SOCIAL, BANCO DAVIVIENDA, BANCO DE BOGOTA, BANCO POPULAR,

BANCO COLPATRIA, BANCO BBVA, BANCO CITY BANK, BANCO DE OCCIDENTE, BANCO AV VILLAS, como se peticiona en el archivo 07 y en la página 13 del archivo 02 carpeta 02 del expediente digital.

Lo cual resulta improcedente, conforme a las voces del artículo 85A del CPT y de la SS ya citado y el artículo 590 del CGP aplicable a los juicios del trabajo y la seguridad social, por virtud del artículo 145 del CPT y SS, pues en los términos de dichas normas, las medidas cautelares se circunscriben a una caución o a una medida innominada; por manera que, en aras de propender por la efectividad y garantía de la pretensión de cálculo actuarial, y con el único objetivo de que al llegar a salir avante, su cumplimiento no sea inane, la Sala revocará la decisión de Primera Instancia y, en su lugar, dispondrá imponer como medida cautelar a cargo del señor GABRIEL VARGAS BUITRAGO, prestar caución por el 30% del pedimento encaminado a obtener el reconocimiento y pago del cálculo actuarial, como única pretensión sobre la cual aún existe discusión en cuanto a su procedencia, ya que respecto de las demás, el Juzgado advirtió su improsperidad, y sobre ello no media debate por las partes.

En ese orden de ideas, como la pretensión de cálculo actuarial se estima en un valor aproximado de $38.660.982, durante el período en que presuntamente no existió afiliación de la trabajadora en el Sistema General de Pensiones, la caución que deberá constituir el demandado, corresponderá a la suma de **$11.598.295.**

Puestas así las cosas, habrá de revocarse el auto que negó la petición de medidas cautelares elevada por la demandante, en los términos expuestos.

DEL CÁLCULO ACTURIAL

Debate la parte demandada la determinación del Juzgado de Conocimiento, quien impuso condena a título de cálculo actuarial sobre los aportes comprendidos entre el 1º de junio de 2002 al 31 de mayo de 2007, al no serle efectuados a la trabajadora demandante, por omisión en la afiliación al sistema durante ese interregno, siendo el reproche de la parte pasiva que, a la terminación del vínculo laboral, la activa aceptó efectuar los pagos a pensión a futuro y hasta tanto completara 1.300 semanas de cotización.

Sobre el particular, ha de rememorar la Sala de Decisión que conforme al artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones quienes se encuentran vinculados mediante contrato de trabajo; aunado a ello, en los términos de los artículos 17 y 22 de la normatividad *ejusdem*, durante

la vigencia de la relación laboral deben efectuarse las cotizaciones obligatorias a los regímenes pensionales, siendo de responsabilidad del empleador el pago de su aportes y de los aportes de sus trabajadores.

De manera que, no puede pretender la parte convocada exonerarse de las obligaciones que la ley de seguridad social le ha impuesto como empleador, y menos aún del pago del cálculo actuarial que fue reconocido por el Juzgado de Conocimiento, puesto que se encuentra plenamente probado en las diligencias, que entre los períodos indicados en la demanda, esto es, del 1º de junio de 2002 hasta el 31 de mayo de 2007, el demandado omitió la afiliación de la trabajadora al Sistema General de Pensiones, según emana de la historia laboral visible en las páginas 15 a 21 archivo 01 del expediente digital.

Y es que, no puede dejarse de lado por la parte recurrente que conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los tiempos laborados a favor de un empleador que por omisión no hubiere afiliados a los trabajadores, serán considerados para efectos pensionales, siempre que aquel traslade con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o un título pensional.

Puestas así las cosas, resulta acertada la decisión impartida por la falladora de primer grado, imponer al demandado las obligación de reconocer a favor de la activa el valor del cálculo actuarial por los períodos en los cuales no cumplió con su obligación de afiliación al sistema, aun cuando pactó con la demandante continuar efectuando los aportes pensionales después de terminada la relación laboral, pues téngase en cuenta que el derecho al pago de los aportes al sistema pensional no es transable ni conciliable, por tener el carácter de cierto e indiscutible.

Conforme a lo expuesto habrá de confirmarse en su totalidad la sentencia opugnada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de1SMLMV a la fecha de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

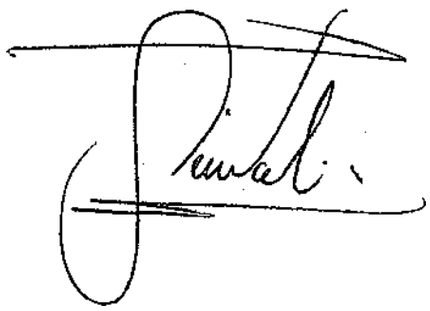
PRIMERO: REVOCAR el auto del 27 de enero de 2022 proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECRETAR** la medida cautelar prevista en el artículo 85A del CPT y de la SS, consistente en **IMPONER** caución a cargo del señor GABRIEL VARGAS BUITRAGO, por el 30% de la pretensión de cálculo actuarial incoada en la demanda, equivalente a la suma de **$11.598.295,** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de1SMLMV a la fecha de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-010-2019-00881-01
DEMANDANTE:	LUZ MARINA LARA SALCEDO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 10 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandante y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 10 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ MARINA LARA SALCEDO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No**. 11001-31-05-010-2019-00881-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia del traslado efectuado del RPM al RAIS, así como que siempre ha permanecido afiliada al RPM sin solución de continuidad; como consecuencia de ello, ordenar a las entidades demandadas la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo en que estuvieron en poder de las administradoras; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM, recibir los dineros provenientes de las administradoras demandadas, actualizar y corregir su historia laboral; condenar a las demandas al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, estimados en 200 SMLMV, las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 6 de enero de 1958, motivo por el cual actualmente cuenta con 61 años. Que se afilio al ISS desde el año 1.977. Que el 6 de enero de 1.999 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., sin recibir información técnica y adecuada para el efecto. Que el 24 de julio de 2001 se afilió a la AFP Santander hoy Protección, igualmente, el 12 de abril de 2002 se trasladó a la AFP Colfondos S.A., además, el 31 de agosto de 2005, regresó a la AFP Porvenir S.A. y, el 18 de mayo de 2017 se vinculó a la AFP Protección S.A. Que se afilió a las diferentes AFP por considerar que el RAIS le era mucho más favorable el RPM. Que las AFP demandadas omitieron el deber de información que les asiste, pues se limitaron a indicarle que en el RAIS la condición pensional sería más ventajosa, aunado a que el RPM desaparecería. Que la falsa expectativa creada por los asesores de los Fondos Privados y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir, le ha causado un gran impacto emocional, manteniendo un estado

[1] Páginas 166 a 179 archivo 01 del expediente digital.

de angustia permanente, pues no tiene asegurado un ingreso acorde a la calidad de vida de su salario, para ella y su familia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado del RPM con destino al RAIS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado de la accionante se efectuó en el año 1999 producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 01126880, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 114 de la Ley 100 de 1993, el cual se

[2] Páginas 3 a 15 Archivo 14 del expediente digital.
[3] Páginas 2 a 78 archivo 13 del expediente digital.

presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.[4]

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho de escoger libremente el Fondo de Pensiones que administra sus aportes. Agregó que sus asesores comerciales brindaron a la activa una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, informándole acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias existentes con el RPM, ventajas y desventajas, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión en uno u otro régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.[5]

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que

[4] Páginas 3 a 33 archivo 11 del expediente digital.
[5] Páginas 3 a 38 archivo 12 del expediente digital.

nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que la actora suscribió el formulario de afiliación en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta manera su afiliación, y es por ello que el acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones, en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Dijo que la manifestación de voluntad de la activa estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir; condenó a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimiento generados y causados, incluido el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado

de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a Colpensiones que acepte a la demandante en el RPM, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral, conforme a los dineros trasladados del RAIS; negó el reconocimiento y pago de los perjuicios morales deprecados y condenó en costas a Porvenir S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que los Fondos Privados hayan cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Negó los perjuicios morales reclamados, dado que no se encuentra demostrado el daño sufrido.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que debe revocarse la decisión sobre las costas de primer grado, para que en su lugar, se impongan a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A., toda vez que las pretensiones de la demanda fueron reconocidas y entre ellas se encuentra la solicitud de costas procesales, la cual procede en virtud del artículo 365 del CGP, dado que las demandadas se opusieron a los pedimentos y se trata del extremo vencido en el proceso.

A su turno, la **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que el traslado efectuado por la actora al RAIS tiene plena validez porque conforme a las pruebas documentales y el interrogatorio de parte rendido por la convocante, es claro que esta tuvo conocimiento del acto jurídico, aunado a que el asesor de la AFP Porvenir

suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos del mismo. Acotó que no se observan vicios del consentimiento, porque los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen pensional, el cual ejerció la activa a la fecha del traslado, en tanto estuvo consciente de su afiliación, no fue obligada, ni fue sujeto de presión para que celebrara tal acto, por manera que no existe prueba de error, fuerza o dolo para acceder a la nulidad del mismo. Adujo que la actora debió demostrar que el fondo de pensiones recurrió a maniobras engañosas, en aras de desvirtuar la buena fe de este, que debe ser presumida. Advirtió que la activa no se le vulneraron ninguno de los derechos aducidos en la parte petitoria de su demanda, pues suscribió libremente el formulario de afiliación, siendo una persona que tenía toda la capacidad legal para ello. Concluyó indicando que a la fecha en que la demanda fue radicada, la demandante contaba con 62 años, siendo claro que se encuentra en imposibilidad de trasladarse al RPM, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,*

determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por LUZ MARINA LARA SALCEDO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROVENIR, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, entre ellas la condenas en costas contra las demandadas.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente

sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del

traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 126 archivo 01 ED), y posteriormente, ante **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN, COLFONDO**S, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN** (páginas 127 a 131 archivo 01 ED), **únicas pruebas acercadas en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para

que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que hacia el año 1999 cuando trabajaba para la Universidad Santo Tomás, se afilió a la AFP Porvenir, porque su asesor le indicó que el ISS iba a desaparecer, de manera que para poderse pensionar debía afiliarse a un Fondo Privado, acotándole que ese traslado era lo más conveniente para ella, ya que iba a perder en ahorro efectuado en el RPM (Min. 14:35 – 38:20 archivo de audio y video 40 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró cada AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por

concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de*

pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, en relación con la condena en costas objeto de reproche por la parte demandante, juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia,

por lo que considera la Sala que se equivocó el Juzgado de Conocimiento al no imponer costas en contra de Colpensiones, Colfondos y Protección, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar el actuar de las demandadas durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que mantuvieron su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo cuando la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, razón por lo que se adicionará la decisión sobre este aspecto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia del 10 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de imponer costas de primera instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONFOS S.A. y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser fijadas por el *A quo*, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

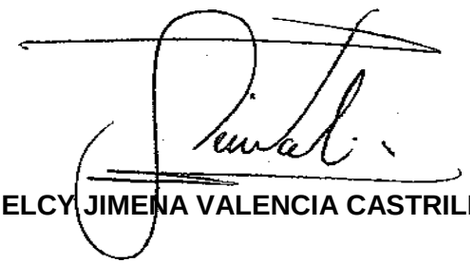
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí

estudiada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN





ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-014-2021-00026-01
DEMANDANTE:	ÓSCAR JOSÉ USECHE ALDANA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 27 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 27 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÓSCAR JOSÉ USECHE ALDANA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-014-2021-00026-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. por omisión del deber de información por parte de dicha sociedad, así como que siempre ha permanecido afiliado al RPM sin solución de continuidad y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley, a cargo de Colpensiones; como consecuencia de ello, ordenar a la AFP demandada a trasladar a Colpensiones las sumas y aportes pensionales por él cotizados al RAIS; se condene a Colpensiones a aceptar dichos aportes y registrarlo como su afiliado, e igualmente, reconocerle la pensión de vejez establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del cumplimiento de los requisitos legales previstos para el efecto; se condene a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de mayo de 1.955. Que cotizó al ISS desde el 23 de julio de 1991 hasta el 31 de octubre de 1.998, un total de 160 semanas. Que el 1º de abril de 2001, suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., porque sus asesores le manifestaron que podía adquirir su pensión de jubilación a un monto mayor al que tendría derecho en el ISS, a la cual podría acceder a una edad más temprana. Que la AFP convocada nunca le ofreció elementos de juicio, ni información veraz, acorde con su situación, ni tampoco le suministró los datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cuál era el régimen pensional que más le convenía. Que posteriormente se acercó a la AFP Porvenir S.A. para que le realizara una proyección del monto aproximado de su pensión, enterándose que la misma resulta muy inferior a la que le sería reconocida en Colpensiones.

[1] Páginas 46 a 57 archivo 02 del expediente digital.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, aunado a que no se encontraba inmerso en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó traslado, y por ende, este es válido conforme lo indica la normatividad, máxime que la suscripción del formulario denota aceptación de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, 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.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado del accionante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento

[2] Páginas 1 a 28 Archivo 15 del expediente digital.
[3] Páginas 1 a 29 archivo 12 del expediente digital.

público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 114, el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir, lo cual trae como consecuencia que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto, el actor siempre estuvo afiliado al RPM administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro del demandante, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones; ordenó a Colpensiones registrar en la historia laboral del demandante los aportes que realizó en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Nada manifestó en relación con la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, formulada en la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que el Juzgado de Conocimiento no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en virtud del cual debe considerarse que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP demandada, mismo que está llamado a tener efectos jurídicos *inter partes*, por manera que la ineficacia de traslado declarada no puede favorecer ni perjudicar a Colpensiones con tal decisión, no siendo por tanto la entidad llamada a recibir al convocante en el RPM, menos aun cuando ello vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema previsto en el artículo 48 de la CP, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, ante el inminente reconocimiento de derechos pensionales a favor del convocante. Advirtió que conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el convocante se encuentra inmerso en la prohibición allí prevista para retornar al RPM. Por último, solicitó que en caso de mantenerse la decisión de primer grado, se condene a la AFP demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios causados a Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la

Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OSCAR JOSÉ USECHE ALDANA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROVENIR, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, entre ellas la condenas en costas contra las demandadas.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus

ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 80 archivo 12 ED), y posteriormente, **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las

consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor fue claro al manifestar que se vinculó a Porvenir hacia el año 2001, porque para la época existía mucha incertidumbre sobre la situación del ISS, entidad a la cual se encontraba afiliado, aunado a que cuando se vinculó laboralmente con la Universidad del Rosario, le requerían una certificación de afiliación, por tanto se trasladó a Porvenir para ello, sin recibir ninguna

asesoría importante, pues el respectivo asesor solo le indicó lo que debía hacer frente al formulario y que sus semanas cotizadas en el régimen público serían trasladadas al Fondo Privado, para que no se perdieran los aportes que había efectuado en el ISS. Dijo que no le explicaron la condición distinta en la que estaría afiliado al RAIS (Min. 04:26 – 14:24 archivo de audio y video 29 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el promotor de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos y su retorno a la entidad a la cual se encontraba afiliado, esto es, al ISS hoy Colpensiones. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)"

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión de la A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, y los gastos de administración. Sin embargo, la A quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que también han de ser devueltos por PORVENIR S.A., además que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, debían ser trasladadas debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales*

pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los

derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, ha de decirse que no es dable analizar la procedencia de los perjuicios reclamados por Colpensiones frente a la AFP Porvenir S.A., dado que ello no hace parte de las pretensiones de la demanda, y por ende, no se relaciona con el objeto del litigio.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 27 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que **PORVENIR S.A.** también está obligada en trasladar a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el señor ÓSCAR JOSÉ USECHE ALDANA estuvo afiliado en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

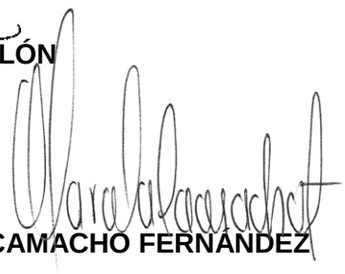
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-016-2020-00259-01
DEMANDANTE:	MARGARITA OSORIO MENDOZA
DEMANDADO:	D´PORTE S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 5 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la partes actora contra la sentencia del 5 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARGARITA OSORIO MENDOZA** contra **D´PORTE S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-016-2020-00259-01.**

AUTO

Por reunir los presupuestos establecidos en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia allegada por la abogada Melissa Pérez Zopoaragón, al poder otorgado por D´Porte S.A.S. A su vez, se reconoce personería para actuar en nombre y representación de la sociedad, al Dr. Carlos Arturo Barco Alzate, conforme al poder allegado vía correo electrónico.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 23 de octubre de 2000 hasta el 6 de mayo de 2019 que terminó sin justa causa, y con fundamento en que ella tenía la calidad de pre pensionada, solicita de condene a la demandada a reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o similar categoría junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, la indemnización del artículo 64 del C.S.T., la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido el día 23 de octubre de 2000, para desempeñar inicialmente el cargo de asistente de tesorería y posteriormente en otros cargos como coordinadora de pagos, directora de nómina y por último Coordinadora de nómina y compensación hasta el 6 de mayo de 2019, fecha en que fue despedida.

Durante la relación laboral estuvo bajo la subordinación y dependencia de su empleador, sin solución de continuidad, cumpliendo un horario de trabajo de 8 horas diarias en las oficinas de la demandada, con un último salario de $3.100.000,oo.

En el año 2016 la empleadora realizó una serie de cambios en el área financiera y de gestión humana que desmejoraron las condiciones laborales de la actora, por lo que, ante la excesiva carga de trabajo y el maltrato recibido, formuló denuncia ante el Ministerio de Trabajo por acoso laboral el 21 de marzo de 2019, fecha a partir de la cual se intensificó el acoso laboral. El 6 de mayo de 2019 fue notificada de la terminación unilateral del contrato de trabajo argumentando una serie de situaciones irregulares, adjudicándole responsabilidad sobre hechos sucedidos dos años atrás y sin ser oída en descargos conforme al artículo 12 del reglamento interno de trabajo

Al término de la vinculación le cancelaron prestaciones sociales por la suma de $4.457.729 sin incluir indemnización alguna y sin tomar en cuenta que para el

[1] Fs. 1-9 Archivo 01 y 07 Expediente Digital

momento la actora contaba con 54 años y, además, con 18 años, 6 meses y 6 días de servicios, faltándole dos años para cumplir requisitos para obtener la pensión de vejez, por lo que tenía la calidad de pre pensionada y por ello es exigible su reintegro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada **D´PORTES S.A.S.** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo, pero no los relacionados con el despido, y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, carencia del derecho, cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y de causa, temeridad de la acción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió decisión mediante Sentencia de fecha 5 de agosto de 2022, en la que dispuso: Declarar que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante señora MARGARITA OSORIO MENDOZA en calidad de trabajadora y la sociedad D PORTE S.A.S. en condición de empleador, que rigió entre el 23 de octubre del año 2000 hasta el 06 de mayo de 2019 y que terminó por despido sin justa causa. Condenó a la demandada a pagar a la demandante la indemnización por despido sin justa causa por el monto de $39.340.950oo debidamente indexada a la fecha de pago y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó al pago de las costas.

Como fundamentos de su decisión, aseveró que está demostrada la existencia del contrato y sus extremos con la prueba documental aportada, así como el último cargo desempeñado y la última remuneración recibida por la actora. En cuanto al despido, indicó que no obstante las causales mencionadas en la comunicación remitida a la actora, los llamados de atención aceptados por la demandante en el interrogatorio de parte, así como los testimonios recibidos en el proceso, los hechos en que se fundamentó la finalización del contrato no se encuadran en las casuales específicas que establece la ley, pues no se indicaron las obligaciones omitidas por la trabajadora y conforme a la cláusula 8ª del contrato

[2] Fs. 14 a 24 Archivo 14Expediente Digital

que establece las causas calificadas como graves no se especificaron en la carta de terminación, por lo que consideró que la justa causa no se sustentó en las justas causas que establece la ley sino sobre hechos genéricos que contienen supuestos que no son aplicables a la trabajadora, por lo que no encontró demostradas las faltas graves que daban lugar a la terminación del contrato; además de no presentarse la inmediatez respecto a las presuntas faltas. (SL 4600 de 2018) por lo que declaró que la terminación del contrato fue unilateral y sin justa causa y condenó a la demandada al pago de la indemnización correspondiente.

En relación a la calidad de pre pensionada, señaló que no demostró la demandante tal calidad, pues no aportó la documental que así lo acreditara, como registro de nacimiento e historia laboral. Y sobre el acoso laboral, tuvo en cuenta que este opera cuando la autoridad competente verifica la existencia de los hechos que le sirven de fundamento y en este caso no obra prueba que constate que el Ministerio de Trabajo hubiera realizado trámite alguno ante la inasistencia de la demandante a la audiencia para la que fue citada; respecto a los malos tratos indicó que las fechas de los hechos no coinciden, pues el trabajador que efectuó el acoso laboró estuvo en épocas diferentes, por lo que consideró no probados los hechos que la sustentan, y en consecuencia no prosperaba dicha pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes presentaron recurso de apelación de la siguiente manera:

La parte demandante recurrió el fallo en relación con el reintegro y, como sustento de la alzada, argumentó que la actora estaba en condición de pre pensionada, por lo que debe proceder el reintegro, ya que conforme a la jurisprudencia si en el curso del proceso aparecen hechos probatorios de situaciones que atañen al asunto, deben tenerse en cuenta como pruebas, y conforme al interrogatorio de parte la actora manifestó su edad y con el tiempo de servicios al momento del despido, está demostrado que ella tenía el fuero de pre pensionada.

La demandada por su parte, interpuso el recurso de apelación con fundamento en que se probó el hecho del despido con justa causa con las pruebas allegadas al proceso en la forma indicada en la carta del despido, por incumplimiento de las funciones asignadas a la demandante. Respecto a la inmediatez mencionó que en esos dos años se hicieron llamados de atención y actas de reuniones por incumplimiento y por reclamaciones de otros trabajadores debido a su

incumplimiento en el trabajo, por lo que es evidente que en los años 2017 a 2019 se presentaron faltas graves que llevaron al empleador a tomar la determinación de finalizar el contrato de trabajo, lo que no requería proceso disciplinario pues no se trataba de una sanción, sino de un despido con justa causa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite,* determinar si es procedente el reintegro de la trabajadora en calidad de pre pensionada como fue solicitado en la demanda y por otra parte, si el despido efectuado a la demandante se dio por una justa causa o si por el contrario es un despido injusto.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo entre las partes, sus extremos ni el salario devengado, por lo que se procede al estudio de las inconformidades planteadas por las partes en sus recursos.

Parte actora. - Considera la parte demandante, que procede el reintegro deprecado en las pretensiones de la demanda, toda vez que está demostrado en el proceso que la trabajadora tiene la calidad de pre pensionada por la edad y el tiempo

de servicios, lo que no le fue reconocido en la sentencia de primera instancia por considerar que no se había aportado prueba documental que lo acreditara.

Conforme a la regla prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, para determinar si un trabajador tenía la calidad de pre pensionado, había que verificar si en los tres años siguientes a la fecha de su desvinculación, lograría adquirir la edad y el mínimo requerido de semanas para acceder al derecho si estaba afiliado al RPM, u, obtendría el capital necesario en el RAIS, para hacerse al beneficio pensional, además de valorar las condiciones en que se produce la desvinculación.

En el caso en estudio no se allegó prueba respecto a la afiliación de la actora al RPM o al RAIS que permita determinar si la actora contaba con un número aproximado de semanas de cotización, que permita establecer si en los tres años siguientes cumpliría con el número de semanas requerido en la ley para tener derecho a la pensión de vejez, o si por el contrario, ya tenía cotizadas las semanas requeridas y solo faltaba el cumplimiento de la edad, caso en el cual no procedería el reintegro pues no se frustraría el derecho a obtener la pensión. (SU-003 de 2018). Tampoco se allegó certificación de la AFP, en caso de estar afiliada allí; donde informara el capital que le faltaba para tener derecho a la pensión o si por el contrario ya contaba con éste; toda vez que no basta con demostrar la edad y el tiempo de servicio, sino que le correspondía acreditar que, dentro de los tres años siguientes, cumpliría con el número de semanas de cotización o con el capital necesario para obtener la pensión. Por lo tanto, al no obrar la prueba necesaria para declarar la calidad de pre pensionada de la demandante no era posible resolver sobre el reintegro solicitado y en consecuencia se confirma en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Parte demandada. – Funda su recurso en que se probó la justa causa para el despido de la trabajadora por el incumplimiento de las funciones asignadas; y respecto a la inmediatez, argumentó que en los dos últimos años se hicieron llamados de atención y reuniones por incumplimiento de las funciones, durante los cuales se presentaron faltas graves que llevaron al empleador a tomar esta determinación.

Para este efecto se procede a tener en cuenta las causales invocadas en la carta de terminación del contrato de trabajo y las pruebas aportadas para acreditar los hechos que sirvieron de fundamento, para lo que se tendrá en cuenta la regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y el despido, el cual debe hacerse en

un tiempo razonable, pues de lo contrario se entiende que el empleador condonó la falta cometida por el trabajador.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL18110-2016 la Corte Suprema de Justicia recordó lo siguiente:

> *"Ahora bien, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido - punto (i), conviene recordar que esta Corporación, ha sostenido de forma pacífica que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación este invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede olvidarse que entre las causas que le dan origen y la determinación de despido que se adopte, no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador a despedir a su trabajador de forma inmediata o dentro de un término prudencial, en sana lógica se entenderá que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta."*

En la comunicación de fecha 6 de mayo de 2019 (fs. 17 a 23 archivo 1), se indica como justa causa para el despido las establecidas en los artículos 58 y 60 del C.S.T., y se relacionan como fundamentos los hechos ocurridos entre el 2017 y el 2019, indicando que no viene realizando su labor ni cumpliendo con las instrucciones impartidas, no ha comunicado a la empresa las quejas que se vienen presentando por los empleados a fin de evitarle daños o perjuicios a la empresa, ni ha prestado la atención debida para solucionar en forma cortés las solicitudes presentadas, relacionando a continuación 35 hechos en se fundamenta la decisión, dentro de los cuales resaltan por la Sala los siguientes:

> *3. D´PORTE fue demandada por la exempleada Laura Carolina Amaya con C.C. 1.098.685 ante el Juzgado Segundo Laboral de Bucaramanga por no habérsele pagado oportunamente las prestaciones debidas a la terminación del contrato, caso que se solucionó mediante contrato de transacción, pagando la compañía la suma de $4.000.000 el 6 de noviembre de 2018.*

> *9. Requerimiento de OLD MUTUAL del 26 de febrero de 2019 aduciendo que la Compañía adeuda los valores reales de $57.018 y presuntos de $9.103.773. A la fecha (6-05-2019) usted no ha dado respuesta del mismo, desconociendo si la Compañía está en deuda o no. No obstante haberle solicitado el Dr. Hernando Galindo Cubides, presidente de la Junta Directiva, que procediera a la revisión y a la redacción de la carta pertinente, que a la fecha no ha atendido.*

11. La Directora de Gestión Humana Yenny Patricia Almoacid, mediante correo del 28 de febrero de 2019, pregunta por qué se perdió una carpeta de personal y en otro correo de la misma fecha, la misma Directora le solicita respuesta a los procesos que están bajo se cuidado.

12. La extrabajadora Alejandra Romero, en correo dirigido a usted el 5 de marzo de 2019 solicita se le informe acerca del pago de su liquidación, pues desde que se desvinculó, un mes atrás, no se la ha dado ninguna información.

18.- En correo del Dr. Andrés Galindo, Gerente de la Compañía, del 11 de marzo de 2019, dirigido a usted, se le dice que por qué una persona que laboró en diciembre de 2018 está haciendo reclamación por sus horas extras y por qué se vienen a pagar 3 meses después.

19. Correo del empleado Víctor Agudelo de marzo 12 de 2019 dirigido a usted en el que manifiesta su inconformidad por el no pago oportuno de nómina, diciendo que esto no es la primera vez que ocurre y que este reclamo se lo ha hecho telefónicamente varias veces.

21. El Coordinador de nómina señor Edison Andrés Laguna de Consultores S.A.S. el 13 de marzo de 2019 le solicita el archivo histórico físico de vacaciones, porque encuentra que en la carpeta suministrada no están los soportes completos y le repite esta misma solicitud el 18 de marzo de 2019

22 y 23. El señor Felipe Quintero, administrador del almacén Pereira, mediante e-mail del 16 de marzo de 2019 le comunica a usted la renuncia del asesor sabatino Kevin Parra por incumplimiento repetitivo en los pagos de nómina, comisiones y horas extras y que la señora Margarita tenía conocimiento del tema y hacía caso omiso a ello.

29. E-amail del coordinador del local Unicentro, señor Johan Pérez, de fecha 21 de marzo de 2019, por medio del cual solicita el pago de horas extras y usted le prometió cancelarse la próxima semana y él sigue esperando el reajuste después de 3 meses.

33. Requerimiento de PROTECCIÓN de fecha 12 de abril de 2019 aduciendo que la Compañía adeuda unos montos reales de $429.705 y presuntos de $43.340.665 a la fecha 3 de mayo de 2019 y usted no ha dado respuesta del mismo, desconociendo si la compañía está en deuda o no.

34 y 35.- E-mail de la Directora Financiera de fecha 22 de abril de 2019 en el que le dice que hay personal de la Compañía sin recibir las PAYCARD y que al 6 de mayo de 2019 (fecha del despido) no han sido entregadas.

Los hechos antes relacionados tuvieron ocurrencia entre el mes de enero y el 6 mayo de 2019, por lo que respecto de ellos no aplica la extemporaneidad del despido, toda vez que corresponden a hechos ocurridos dentro de un término razonable, como lo ha indicado la jurisprudencia y conforme a ellos es claro que se dieron diversas reclamaciones por parte de la empresa, así como de trabajadores de la misma e incluso por parte de PROTECCIÓN S.A. y de OLD MUTUAL respecto del pago y de moras en el pago de acreencias laborales y de seguridad social lo que desde luego afecta los intereses de la empleadora y pueden generarle perjuicios como intereses por mora o indemnizaciones moratorias.

Lo anterior, porque de acuerdo con el cargo desempeñado por la demandante correspondían a ella, dentro de sus funciones como Coordinadora de nómina y compensación realizarlas, ya que en el "Perfil del cargo" que obra a fs. 36 a 39 del archivo 1, se encuentran establecidas a su cargo. Como prueba de estos reclamos se allegaron los correos, comunicaciones y solicitudes que se relacionan en la carta de despido, las que obran en el archivo 14 (fs. 27 a 61) y con los que se acredita la existencia de estos hechos. También se allego el acta de reunión de fecha 13 de febrero de 2019 (fs. 65 a 68) que fijan fechas para efectuar entre otras acciones a cargo de la demandante, las siguientes:

- Entregar información y delegar procesos al outsourcing de nómina pal asociados, a entregar en la última semana de marzo y primera de abril de 2019
- La nómina se debe presentar para pagos a más tardar el martes 27 de marzo de 2019, ya revisaba y auditada por Pal Asociados, Fecha de entrega 27-03-19
- Bonificaciones de febrero de 2019, las cuales se debieron pagar a los empleados desde el 15 de marzo de 2019. Fecha de entrega 28-03-19.
- Horas extras febrero y marzo de 2019, las cuales se deben pagar los 15 de cada mes. Fecha de la acción el 15 de abril y 15 de mayo de 2019.

El 15 de marzo de 2019 se realizó nueva reunión en la que se trataron entre otros asuntos "los saldos generados por pagos extemporáneos o por ausencia de pagos" donde figura como responsable la demandante y como acción a ejecutar

"respuesta el mismo día" y "llamado de atención" mediante esa acta con copia a la hoja de vida (f. 37archivo 14) Igualmente en la misma fecha se le requiere por una planilla de seguridad social de Brikel con un valor errado, donde aparece como responsable la actora y como acción a ejecutar "dar respuesta hoy mismo" y "llamado de atención" con la misma acta con copia a la hoja de vida. Las dos actas están firmadas por la actora sin que ella manifestara observación alguna.

En relación con la causal invocada, es necesario señalar que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es "cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo" y otra es "cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos..."

En el primer concepto la gravedad de la falta debe ser calificada por quien aplica la norma evaluando la conducta del trabajador y calificándola; en el segundo, la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta, esto es, pactos, convenciones, y otros. (CSJ SL12904-2017).

En el contrato de trabajo cláusula octava (f. 14 archivo 1) se indican como justas causa para dar por terminado el contrato de trabajo las establecidas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 e incluye como faltas graves entre otras, en el literal a) la violación por parte del trabajador de cualquiera de las obligaciones contractuales o reglamentarias, las cuales se encuentran establecidas en el perfil del cargo, entre ellas "liquidación periódica de nómina y liquidación de horas extras y bonificaciones.." . (f. 37 archivo 1).

Es de entender que como obligaciones contractuales se comprenden aquellas que corresponden al cargo para el que fue contratado el trabajador, por lo que el incumplimiento de estas obligaciones se calificó en el contrato de trabajo como "falta grave", por lo que la gravedad de esta conducta ya estaban calificada por las partes previamente, y en consecuencia no le corresponde al juzgado valorar su gravedad de nuevo para reemplazar el querer de los contratantes, por lo que lo procedente es confrontar los hechos y conductas atribuidas a la trabajadora para determinar si se enmarcaban o no en el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Si bien la carta de terminación del contrato no aduce específicamente la causal octava del contrato de trabajo que califica como grave el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la jurisprudencia ha establecido que el empleador debe expresar los hechos en que se funda el despido, los cuales no pueden ser variados o modificados con posterioridad, sin que se requiera indicar con precisión en qué causal legal específica se encuadran tales hechos (SL11233-2015) e incluso cualquier clase de error en la calificación jurídica o en la invocación de los textos de respaldo que se indiquen en la carta de despido no invalidan la justa causa, pues lo que importa es la claridad de los hechos y los motivos que se invocan.

Así las cosas, es claro que los hechos invocados en la carta del 6 de mayo de 2019 que originaron el despido de la trabajadora hacen relación directa al incumplimiento de sus obligaciones contractuales como Coordinadora de nómina y Compensaciones que se encuentran establecidos en el “perfil del cargo” ya citado y cuyo incumplimiento generaba una falta grave, calificada como tal en el contrato de trabajo y en consecuencia constituía una justa causa para terminar el contrato de trabajo.

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que se acreditó la existencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y en consecuencia se revocará la decisión de primera instancia en lo relacionado con la condena impuesta por concepto de indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada y en su lugar se absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, incluida la condena en costas de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora-recurrente por cuanto no prosperó el recurso interpuesto y en favor de la parte demandada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 5 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ABSOLVER

a la demandada D´PORTE S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora-recurrente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
(Aclara voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-017-2020-00198-01
DEMANDANTE:	CLAUDIA DEL PILAR RODRÍGUEZ TORRES
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 25 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 25 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **CLAUDIA DEL PILAR RODRÍGUEZ TORRES** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-017-2020-00198-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado a través de PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se condene a COLFONDOS S.A. su traslado junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad para que sea COLPENSIONES quien defina su solicitud pensional; se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de octubre de 1967, motivo por el cual a la fecha cuenta con 52 años. Que se afilió al ISS en donde cotizó 594 semanas. Que el 8 de noviembre de 2002 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. porque la empresa Comfenalco le indicó que ello debía hacerse, según lo previsto en la ley, sin embargo, la AFP convocada no ejerció ninguna asesoría pensional durante el traslado, ni en el transcurso de su afiliación, pues no se le informaron las ventajas y desventajas del RAIS. Que debido al mal servicio proporcionado por el Grupo Aval, el 12 de mayo de 2018, se trasladó a la AFP Colfondos S.A., quien hacia el año 2020 le indicó que no contaba con el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez. Que, conforme al cálculo efectuado por un profesional independiente, en Colpensiones le sería reconocida una pensión en valor equivalente a $4.545.980, lo que evidencia el perjuicio que le generó el acto jurídico de traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que la afiliación de la demandante con la AFP se dio de manera libre, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales.

[1] Páginas 4 a 22 Archivo 03 Expediente Digital
[2] Páginas 3 a 37 Archivo 08 Expediente Digital

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLFONDOS S.A.[3]

La AFP se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas y argumentó que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que las reglas y condiciones en que se realizó, no fueron caprichosas, sino que obedecieron al resultado de las disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la mentada Superintendencia.

Propone como excepciones de mérito: Falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

COLPENSIONES[4]

La demandada se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS, aunado a que cumple con los requisitos establecidos por la Sentencia C1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2º de Ley 797 de 2003, que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual impide la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia en la sentencia SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción

[3] Páginas 3 a 20 Archivo 06 Expediente Digital
[4] Páginas 3 a 23 Archivo 07 Expediente Digital

de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de noviembre de 2022, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción propuestas por las demandadas; declaró que el traslado de la demandante al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; ordenó a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la actora, tales como aportes, bonos pensionales, con sus frutos y rendimientos, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, los que deben ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades; ordenó a PORVENIR S.A. devolver también gastos y comisiones de administración, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, todos debidamente indexados, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con esta entidad; ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de Fondos que se efectúen a favor de la demandante y a convalidarlos en su historia laboral y; condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que al 1º de abril de 1994, la demandante acredita 173,1 semanas al otrora ISS, de manera que no cuenta con las condiciones previstas por la Corte Constitucional para permitir su retorno automático, sin embargo, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal

de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.,** interpuso recurso de alzada frente a la condena de devolver los gastos de administración y demás emolumentos debidamente indexados y con cargo al patrimonio de la entidad, aduciendo en síntesis, como motivos de disidencia, que conforme a la sentencia SL916-2019, la Corte Suprema de Justicia precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, por manera que al ser una de las obligaciones de la AFP garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro de cada uno de sus afiliados, resulta incongruente ordenar la indexación de los valores a trasladar, porque los recursos de la parte actora obrantes en su cuenta de ahorro individual, nunca se vieron afectados por ese fenómeno inflacionario, menos aun cuando Porvenir siempre le garantizó esos rendimientos, muy superiores a los que se le hubiesen generado en el RPM. Así, solicitó revocar la decisión en cuanto ordenó la indexación, como así lo definió el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de junio de 2022, dentro del proceso 2021 111 y el Tribunal Superior de Cali dentro del proceso 2022 234 en sentencia del 25 de julio de 2022, pues los rendimientos financieros recibidos compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en los emolumentos a retornar, siendo claro que la indexación implica una doble condena en su contra.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no es procedente la condena en costas, ya que COLPENSIONES, en esta clase de procesos, necesariamente debe ser demandada por ser un tercero de buena fe, aunado a que al declararse la ineficacia, será la llamada a asumir la administración de la afiliación de la parte demandante, por lo que la posición que asume la entidad dentro del proceso se encuentra de acuerdo a la ley, dado que a quien le falten menos de diez años para cumplir la edad de pensión, no se puede trasladar de régimen pensional, a más que el formulario de afiliación es válido, en tanto no fue tachado por las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLAUDIA DEL PILAR RODRÍGUEZ TORRES al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.,** ni ninguna de las AFP del RAIS convocadas al proceso, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 31 archivo 03 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y también

con **COLFONDOS S.A.** (página 32 archivo 03 ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues la actora fue clara al manifestar que se trasladó a Porvenir estando en las instalaciones de su empleadora Comfenalco, en las oficinas administrativas; allí le entregaron un formulario de la AFP completamente diligenciado con el sello de su empleador y le indicaron que debía trasladarse por requerimiento de la ley, que si no se cumplía, implicaría su despido. Que en ese momento no se encontraba presente ninguna persona o

representante de Porvenir S.A. Que, ante las irregularidades con su historia laboral y la falta de asesoría de Porvenir, se trasladó a la AFP Colfondos S.A. (Min. 35:25-51:42 archivo de audio y video 15 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la apoderada de PORVENIR S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual de la afiliada, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades*

constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar

el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandada **COLPENSIONES** manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que fue acertada la decisión del A quo de imponer condena en costas contra COLPENSIONES de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de la entidad durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

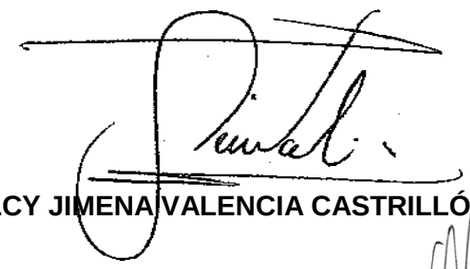
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-020-2021-00056-01
DEMANDANTE:	SANDRA MONTAÑO VILLA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 31 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra la sentencia del 31 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SANDRA MONTAÑO VILLA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **AFP PORVENIR S.A.** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-020-2021-00056-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare nulo el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado en el mes de diciembre de 1994. Como consecuencia de lo anterior, pide se condene a la AFP PORVENIR S.A. a realizar el traslado de su afiliación a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como la devolución de todas las sumas que se encuentran su cuenta de ahorro individual. Finalmente, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibir su afiliación al RPM y que las demandadas asuman el pago de las costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de mayo de 1964, se vinculó al extinto ISS desde octubre de 1988 hasta noviembre de 1994, periodo en el cual cotizó 230 semanas.

Refirió que en el mes de septiembre de 1994 el Gerente de la empresa donde laboraba le recomendó a una asesora de la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), quien le ofreció afiliarse a dicha AFP y allí cotizar para su pensión. Dentro de los beneficios descritos por la asesora, le indicó que podía pensionarse en cualquier momento, que podía reclamar sus aportes en cualquier momento y si era su deseo, retirarlos de la AFP; además, que el monto de la posible mesada pensional era superior al que reconocía el ISS y que dicho Instituto “se iba a acabar”. Ante el panorama descrito por la asesora, decidió vincularse a la AFP HORIZONTE S.A., afiliación que se hizo efectiva a partir del mes de diciembre de 1994.

En enero del año 2000 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad en la que efectuó cotizaciones hasta septiembre de 2007, calenda en la que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., por cuanto le indicaron que debía estar afiliada al Fondo que hacía parte del mismo grupo empresarial para el cual laboraba (Grupo Aval), sin embargo, en ninguna de las afiliaciones realizada en los Fondos Privados le fueron informadas las consecuencias de su decisión, las posibles desventajas de pertenecer al RAIS, así como

[1] Fs. 2-7 Archivo 01 y archivo 05 Expediente Digital

tampoco le indicaron la posibilidad de regresar al RPM y la limitante temporal para efectuar dicho regreso.

El 1 de septiembre de 2020 presentó derecho de petición ante la AFP PORVENIR S.A. en la cual solicitó la nulidad del traslado al RAIS, no obstante, recibió respuesta negativa por parte del fondo privado. El 10 de noviembre de 2020 elevó petición ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a fin de ser aceptada como afiliada al RPM, sin embargo, la entidad pública negó la solicitud por estar inmersa en la prohibición legal descrita en la Ley 797/2003.

Al 20 de enero de 2021, ha cotizado un total de 1489 semanas y, en los últimos diez años ha cotizado sobre la base de 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin embargo, de acuerdo con las simulaciones pensionales realizadas conforme a las reglas de ambos regímenes, resulta más beneficiosa la que sea reconocida en el RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, tuvo como ciertos los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la actora, la fusión entre HORIZONTE y PORVENIR, el derecho de petición presentado por la actora Montaño Villa, su respuesta negativa, las semanas cotizadas y el capital acumulado a corte de enero de 2021; negó los demás hechos de la demanda y formuló como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que son ciertos la fecha de nacimiento y afiliación al ISS de la demandante, así como la petición presentada el 10 de noviembre de 2020 y su consecuente respuesta negativa; no le constan los demás hechos descritos y propuso como excepciones de fondo errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional,

[2] Fs. 176 a 205 Archivo 08, fs. 322 a 365 Archivo 09 y fs. 786 a 816 Archivo 18 Expediente Digital

inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Mediante Auto del 7 de junio de 2022 el A quo dispuso la vinculación como Litis Consorcio necesario a la AFP PROTECCIÓN S.A.[3], quien, una vez notificada, manifestó oponerse a todas las pretensiones, indicó que no le constan los hechos a excepción de la fecha de nacimiento de la actora y la fecha de afiliación a su AFP y formuló como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, 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 por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 31 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante el 30 de noviembre de 1994 a la AFP PORVENIR S.A., y el posterior traslado horizontal a la AFP PROTECCIÓN S.A.; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ordenó a la AFP PORVENIR S.A. devolver los aportes de la actora, incluyendo en dichas sumas las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales, sumas que deben ser dirigidas a COLPENSIONES; absolvió de las demás pretensiones incoadas en la demanda, ordenó la consulta en favor de COLPENSIONES, condenó en costas a las demandadas e impuso como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV.

[3] Fs. 604 a 607 Archivo 15 Expediente Digital.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que conforme a las pruebas recaudadas dentro del proceso y la jurisprudencia vigente se evidenció que a la demandante no le fue brindada una información completa, necesaria, suficiente y oportuna al momento de afiliarse al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ya que solamente se encuentra el formulario de afiliación suscrito en ese momento por la actora, pero, realmente no se evidencia que la AFP le haya brindado información relevante al momento de suscribir dicho documento. Del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, no existió confesión que permitiera demostrar que al momento del traslado se haya cumplido con el deber de información que se les impuso a los Fondos Privados desde la creación de la Ley 100/1993.

Consideró que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración ya que los mismos se causan en ambos regímenes y, particularmente cuando se generan en la AFP, son para cubrir lo concerniente a la cuota del seguro previsional, por lo que, ordenar su envío al RPM no es procedente.

De otra parte, dada la declaratoria de ineficacia, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, en especial la de prescripción, dado que el asunto en discusión hace parte del derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible e irrenunciable.

Condenó en costas a todas las demandadas, si bien tuvo en cuenta que la AFP PORVENIR S.A. indicó tener ánimo conciliatorio en la etapa pertinente, lo cierto es que desde la contestación de demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, conforme al Art. 365 del C.G.P. es procedente la condena.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó lo siguiente:

Que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se evidencia que recibió una asesoría respecto de las características del RAIS, entre ellas que se podía pensionar a cualquier edad y por una suma superior a la del ISS,

por lo que se concluye que conocía los requisitos del RPM y, por ende, su decisión no estuvo viciada y sí se cumplió con el deber de información.

Subsidiariamente, solicitó que en caso de que en esta instancia se confirme la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación, se ordene la devolución de los gastos de administración descontados por las AFP, a fin de evitar que continúe la descapitalización del RPM, ya que se debe asumir una prestación de una persona que nunca estuvo afiliada a COLPENSIONES con las cotizaciones que realizan los demás afiliados.

Recordó que la decisión de oponerse dentro del proceso es consecuencia de la Ley vigente, por cuanto la actora está inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003 y no es posible aceptarla como afiliada en el RPM, por lo que, no debió ser condenada en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por SANDRA MONTAÑO VILLA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que**

cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditaron las demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la

prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (fs. 33 y 36 archivo 8), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías

que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que el Gerente de la empresa le informó que la visitaría la asesora quien le informó que Horizonte hoy PORVENIR, que podía pensionarse sin cumplir edad, sin reunir semanas y que los aportes generaría intereses o rendimientos lo que le permitiría una mejor mesada pensional y que el ISS se iba a acabar, pero nada se le indicó respecto de aportes voluntarios ni se enteró de esta posibilidad y por eso creyó que era mejor estar en el Fondo y no conoció que podía trasladarse nuevamente al ISS. La asesoría fue para ella sola porque los demás empleados ya pertenecían al fondo y que posteriormente se trasladó al otro fondo porque lo requirió la empresa para la que laboraba por cuanto debían ser recíprocos con la empresa (Banco de Bogotá), pero sin recibir ninguna asesoría y solo ahora conoció que podía devolverse a Colpensiones pues conforme a un extractos observó que había una inconsistencia y se acercó al Fondo para aclarar la situación y preguntó por su pensión y se enteró que su pensión sería inferior al mínimo contrario a lo que esperaba pues le habían dicho que tendría rendimientos y habían sido 20 o 25 años de aportes y no sería mucho mejor como le habían dicho. (Min. 19:40 a 34:25 audio y acta de audiencia. Archivo 23).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia del mismo, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al

RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, se debe modificar la decisión del A quo en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y seguros previsionales, haciendo referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se modificará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud de los argumentos expuesto por COLPENSIONES.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la

permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es

imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en su numeral tercer, en relación con la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión descontando a la convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a los propios recursos de la AFP PORVENIR S.A.

Sin Costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

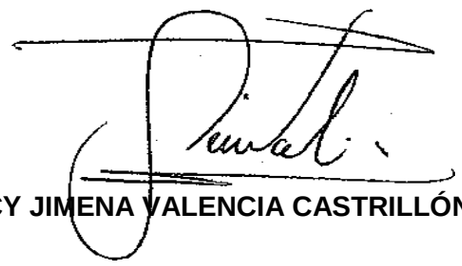
PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia del 31 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido **de ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión descontando al convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-021-2021-00517-01
DEMANDANTE:	RAFAEL ANTONIO MARTÍNEZ DAZA
DEMANDADO:	UGPP
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 28 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de jubilación convencional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por el DEMANDANTE, frente a la sentencia del 28 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RAFAEL ANTONIO MARTÍNEZ DAZA** contra la **UGPP**, con radicado No. **11001-31-05-022-2021-00517-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor la pensión de jubilación convencional desde el 23 de agosto de 2016, de conformidad con lo previsto en los artículos 98 y 101

[1] Páginas 8 a 16 archivo 01 del Expediente Digital

de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001, liquidada teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual de lo percibido durante el último año de servicios, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que, trabajó con el Departamento de Planeación del 14 de diciembre de 1983 al 14 de diciembre de 1983 y con el ISS del 6 de septiembre de 1.985 al 25 de junio de 2003, por un total de 21 años, 11 meses y 6 días, ostentando la calidad de trabajador oficial. Adujo que nació el 23 de agosto de 1.961 y cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2016. Agregó que en el artículo 2º del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo del ISS, se fijó la vigencia de la misma del 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004, salvo los artículos en los que se haya fijado una vigencia diferente; además, que en el artículo 98 del mentado texto convencional se previó la pensión de jubilación, en el cual se estableció una vigencia que va más allá del año 2017. Que el artículo 101 de la Convención establece la acumulación de tiempos de servicios sucesivos o alternativamente, en las demás entidades de derecho público para el cómputo del tiempo requerido para tener derecho a la pensión de jubilación, siendo la cuantía de la prestación el 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicio por concepto de todos los factores de remuneración. Que el 20 de enero de 2020, solicitó a la encartada el reconocimiento de la prestación, misma que le fue negada mediante la Resolución ADP 001113 del 2 de marzo de 2020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

UGPP[2]

La demandada UGPP se opuso a las pretensiones invocadas en su contra fundamentando que el actor no acreditó el requisito de la edad establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo en el término de vigencia de la misma, esto es, para el caso en concreto, cumplir los

[2] Páginas 3 a 19 Archivo 08 del Expediente Digital

55 años de edad antes del 31 de octubre de 2004, conforme a lo previsto en el Acto Legislativo 001 de 2005.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: A partir del Acto Legislativo 001 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos – el demandante no cumple con los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva celebrada entre el sindicato de trabajadores Sintraseguridadsocial y el Instituto de los Seguros Sociales –no es procedente el reconocimiento pensional convencional por lo expresamente regulado en el Acto Legislativo 01 de 2005 y las sentencias SU–897 de 2012, SU 555 de 2014 y SU 086 de 2018 de la honorable Corte Constitucional, compartibilidad pensional de la pensión convencional y la pensión legal, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, declaró probada la excepción denominada ausencia de fundamentos jurídicos-el demandante no cumple con los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva celebrada entre el Sindicato de Trabajadores Sintraseguridadsocial y el ISS, formulada por la parte demandada y condenó en costas al actor.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, que el actor no demostró los presupuestos previstos en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, 20 años de servicios, toda vez que únicamente laboró para el ISS en calidad de trabajador oficial un total de 17 años y 9 meses, acotando que si bien, acredita servicios en condición de empleado público en el Departamento Nacional de Planeación, tal tiempo no puede computarse por vía del artículo 101 convencional, para efectos de la pensión deprecada, toda vez que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia a los empleados públicos no se les aplican convenciones colectivas de trabajo y la norma convencional es clara en exigir que los 20 años de servicios para

acceder a la prestación extralegal, deben ser cumplidos en calidad de trabajador oficial. Agregó que tampoco puede contabilizarse el período laborado por el actor en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento desde el 26 de junio de 2003 hasta el 8 de noviembre de 2009, porque allí también ostentó la condición de empleado público como ayudante, máxime que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han indicado que los trabajadores del ISS que pasaron a la planta de personal de las ESES, cambiaron su condición de trabajadores oficiales a empleados públicos, excepto quienes desempeñaron funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales, de manera que no se les aplica de allí en adelante el texto convencional.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de alzada argumentando que de las pruebas allegadas al proceso, se tiene que el tiempo laborado por el demandante en el ISS y en el Departamento Nacional de Planeación equivale a 21 años, 11 meses y 6 días, de manera que tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva y por vía de su artículo 101, el cual permite la acumulación de los tiempos servidos sucesivos o alternativamente a otras entidades de derecho público, sustentando su tesis en la sentencia hito 3635-2020, en cuya parte motiva se indicó que la Convención Colectiva es fuente de derechos y obligaciones durante el tiempo de vigencia inicialmente pactado.

Dijo que el artículo 101 permite la acumulación de tiempos de servicios como empleado público, con los tiempos de servicios prestados en calidad de trabajador oficial, como estipulación efectuada entre los suscribientes de la convención, la cual es ley para las partes, siendo la adecuada interpretación de la norma, aquélla según la cual no se previó ninguna restricción sobre la calidad de vinculación al ISS que debe tener el funcionario durante los 20 años requeridos para acceder a la prestación convencional, siempre que al momento de consolidar dicho tiempo, el interesado tuviere la condición de trabajador oficial, como ocurrió en el caso analizado, porque el actor completó más de 20 años de servicios en el año 2003, cuando ostentaba tal condición. Concluyendo que el texto convencional permite para consolidar el derecho debatido, incluir los periodos en los cuales el interesado laboró como

empleado público, conforme a la interpretación exegética del artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo.

CONSIDERACIONES

No es objeto de discusión que el actor prestó sus servicios para el Departamento de Planeación Nacional en el cargo de Auxiliar de Servicios General y en calidad de empleado público, del 8 de enero de 1980 al 14 de diciembre de 1.983, conforme se certifica a página 23 archivo 01 ED; además, que comenzó a laborar en el ISS desde el 6 de septiembre de 1985 hasta el 25 de junio de 2003, en el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos Grado 12, como trabajador oficial, relación laboral que se prolongó hasta esta última data, dado que por efecto de la escisión del ISS y la creación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, fue vinculado sin solución de continuidad al cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales Grado 12, en calidad de empleado público, desde el 26 de junio de 2003 hasta el 6 de noviembre de 2009 (páginas 28, 29 y 32 archivo 01 del expediente digital).

Igualmente, no media discusión en cuanto a que la Convención Colectiva suscrita entre *"SINTRASEGURIDADSOCIAL"* y el Instituto de Seguros Sociales, allegada al expediente con la respectiva constancia de depósito, establece en el artículo 98 la pensión de jubilación, de la siguiente manera: *"El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales (…)"* (página 46 archivo 11 del expediente digital); que el artículo 101 convencional establece la acumulación de tiempo de servicios para efectos de la pensión de jubilación, indicando que: *"Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo del tiempo requerido para poder tener derecho a la pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades (…)"* (página 45 archivo 11 del expediente digital); que es beneficiario de las prerrogativas convencionales acordadas entre el empleador y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL.

Puestas, así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en derredor a casos de similares contornos fácticos y jurídicos contra la misma entidad aquí demandada, en la que se plantea los alcances de lo dispuesto en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva suscrita entre el Sindicato *"SINTRASEGURIDAD SOCIAL"* y el Instituto de Seguros Sociales.

Es así que, para mejor brevedad se trae a colación la sentencia SL678-2020, providencia en la que de manera general se trasluce la improsperidad de la pensión de jubilación convencional deprecada, con aplicación de los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva 2001-2004.

En lo atinente a la disposición convencional dijo:

> *"En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del* ***11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública****, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo.*

*Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: "**El Trabajador oficial** que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (…)".*

En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.

Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia 05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:

«[…] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las "convenciones colectivas de trabajo" previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»

Directriz que igualmente ha aceptado esta Sala cuando en múltiples procesos seguidos contra el ISS y tratándose de trabajadores oficiales que mutaron a empleados públicos, ha considerado improcedente la extensión de beneficios convencionales para estos últimos.".

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL5224-2021, enfatizó lo siguiente:

"Recuérdese que el Tribunal al tomar su decisión, indicó, precisamente, que no era objeto de debate, el hecho de que la actora prestó servicios al ISS como trabajadora oficial, entre el 13 de julio de 1983 y el 2 de octubre de 1985, y el 7 de octubre de 1985 y el 25 de junio de 2003 (19 años, 11, meses y 12 días), y posteriormente, permaneció vinculada a la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe desde el 26 de junio de 2003 hasta el 31 de octubre de 2006, en calidad de empleada pública (3 años, 4 meses y 5 días).

Clarificado lo anterior, la discusión se circunscribe a establecer si la accionante tiene derecho a que el tiempo laborado a través de un nexo contractual (trabajadora oficial), se sume al ejecutado mediante una relación legal y reglamentaria (empleada pública), para la aplicación del artículo 98 de la convención colectiva celebrada entre el ISS y Sintraseguridadsocial.

(…)

siguiendo los parámetros establecidos por esta Corporación en los proveídos rememorados, se tiene que la demandante, no reunió los 20 años de servicios como trabajadora oficial que exige el citado acuerdo colectivo, ni se encontraba en la excepción prevista en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003 para ser trabajadora oficial, pues no desempeñaba funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por ende, pasó a ser empleada pública de la ESE Rafael Uribe Uribe a partir del 26 de junio de 2003, fecha para la cual tenía menos de 20 años de servicio con el ISS y contaba con 45 años de edad".

Así las cosas, descendiendo al *sub examine* precisa la Sala que en efecto no es procedente la tesis que esgrime el apoderado judicial del demandante, según la cual para consolidar el derecho pensional es posible tener en cuenta el tiempo de servicios como empleado público, particularmente el laborado para el Departamento Nacional de Planeación Nacional del 8 de enero de 1980 al 14 de diciembre de 1.983, porque completó 20 años de servicios cuando era trabajador oficial, pues contario a ello, tal como lo consideró el *A quo*, para que el actor se haga merecedor de la pensión establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, debe acreditar los 20 años de servicios siendo trabajador oficial, a lo cual no puede acumularse el tiempo prestado como empleador público, dado que este tipo de servidor, no puede beneficiarse de prerrogativas convencionales, como con claridad se anotó en la jurisprudencia en cita.

Bajo ese horizonte, el demandante no tiene derecho a la prestación deprecada, como quiera que, el tiempo de servicios que prestó en calidad de trabajador oficial a favor del ISS, se circunscribe únicamente al período comprendido entre el 6 de septiembre de 1985 y el 25 de junio de 2003, esto es, por un lapso de 17 años, 9 meses y 19 días, siendo claro que no acredita los 20 años de servicios exigidos por el artículo 98 convencional, a efectos de consolidar la pensión de jubilación allí consagrada.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

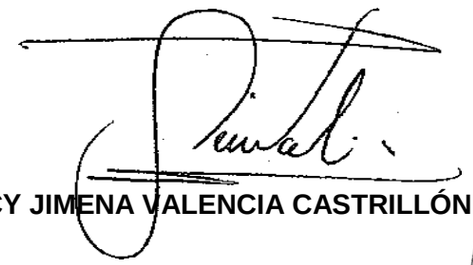
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-022-2020-000347-01
DEMANDANTE:	MARÍA CONSTANZA PINCHAO PEREIRA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 17 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA CONSTANZA PINCHAO PEREIRA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-022-2020-000347-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado desde el RPM al RAIS realizado con PROTECCIÓN S.A.; se declare la nulidad de los cambios realizados entre AFP del RAIS; en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A, trasladarla, junto con su saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, al RPM; se ordene a COLPENSIONES recibirla en el RPM y se condene a las demandadas en costas procesales. Subsidiariamente solicita que se declare la nulidad de su traslado de régimen pensional.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilio al RPM desde el día 27 de mayo de 1993; que se trasladó al RAIS en julio de 2000, a través de PORTECCIÓN S.A.; que efectuó el traslado de régimen porque fue inducida en error por parte del asesor de la AFP, ya que este nunca le informo cuál sería el capital necesario para que la misma pudiera ser beneficiaria de la pensión vejez, ni cuáles serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión mínima, jamás le dio a conocer las condiciones que debía reunir para obtener la devolución de saldos, ni se le suministró de manera clara y precisa, información sobre el cálculo de la posible pensión de vejez que se le reconocería en el RAIS, como tampoco las modalidades de pensión que existen en dicho régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que el traslado del RPM, se efectuó producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del C.P.T. Adicionalmente, la entidad siempre le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año, ya que el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la

[1] Fs. 2-17 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 2-24 Archivo 13 Expediente Digital

posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, genérica.

COLPENSIONES[3]

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada.

PROTECCIÓN S.A.[4]

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues si se observa el formulario de vinculación que suscribió la demandante, dicho

[3] Fs. 3-44 Archivo 14 Expediente Digital
[4] Fs. 3-36 Archivo 05 Expediente Digital

acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la actora y la AFP, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Además, que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse a la AFP en un acto valido y existente.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 17 de noviembre de 2022, declaró ineficacia de traslado efectuado por la demandante del RAIS, el cual fue realizado en fecha 23 de diciembre de 1996, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el RPM; ordenó a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía con prestación mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudo como gastos de administración durante el tiempo que perduro la aparente afiliación a dichos fondos debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de los fondos de pensiones demandados y a que efectué los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor

de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló la decisión y como argumentos del recurso, expuso que condena de devolver gastos de administración indexados es incompatible con los rendimientos financieros, ya que sería una sobre condena por el mismo rubro, ya que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora no se vieron afectados por la inflación al haber recibido la rentabilidad. Asimismo, que en la actualidad la AFP no administra ningún recurso de la demandante.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no comparte el análisis normativo que hizo la A quo respecto la prohibición legal en la que se encuentra inmersa la demandante, ya que no aplica una norma vigente y ello no implica la prescripción del derecho pensional, pues en cualquiera de los dos regímenes la demandante puede ser pensionada, por lo que se debe dar aplicación a la prohibición legal y, en consecuencia, absolver a la entidad de todas las pretensiones incoadas en su contra. Agregó, que el motivo por el cual la demandante quiere regresar al RPM es incrementar su mesada pensional, pero eso no implica una falta al deber de información, ya que cuando se dio el traslado era imposible establecer el valor de la medada pensional, aunado a que la demandante recibió una reasesoría y, por tanto, tenía los conocimientos para decidir a cuál régimen pensional quería pertenecer.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada MARÍA CONSTANZA PINCHAO PEREIRA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las

Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó PORVENIR S.A.**,** ni ninguna de las otras AFP del RAIS demandadas, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante PORVENIR S.A. (f. 69 archivo 13 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se

va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, pues aunque existe una inconformidad con el valor de la mesada pensional que le correspondería en el RAIS, contrario a lo argüido por el apoderado de COLPENSIONES, de esa manifestación si es posible colegir una falta al deber de información, como quiera que, de acuerdo a lo indicado, a la actora se le ofertó una mesada pensional más alta que la que le correspondería en el RPM; siendo una de esas las razones por las cuales optó por el traslado de régimen, pero nunca se le informó de la posibilidad de que la mesada pensional podría ser inferior.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión de la A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretenden hacer ver el apoderado de PORVENIR S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los

rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual del afiliado, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP

del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

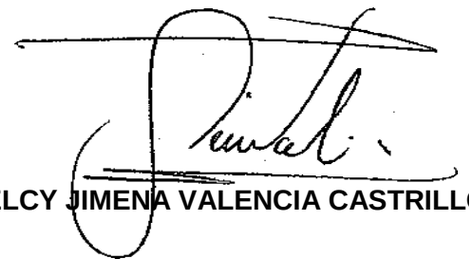
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a

un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

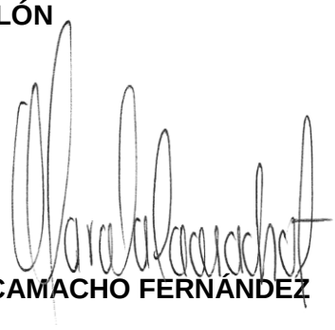
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-022-2019-00407-01
DEMANDANTE:	GLADYS PAOLA CORREA ARIAS
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 24 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgados Veintidós y Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandante GLADYS PAOLA CORREA ARIAS contra la sentencia del 24 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, por remisión del Juzgado 22 Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **GLADYS PAOLA CORREA ARIAS** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**, con radicado No. **11001-31-05-022-2019-00407-01.**

AUTO

Por reunir los presupuestos establecidos en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia allegada por el abogado Carlos Arturo Orjuela Góngora, al poder otorgado por la UGPP. A su vez, se reconoce personería para actuar en nombre y representación de la entidad, a la Dra. Gloria Arellano Calderón, conforme al poder

allegado vía correo electrónico.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que la UGPP tiene la obligación de pagar a la actora la pensión de sobrevivientes como hija mayor de edad en calidad de estudiante del causante y como consecuencia se deben pagar las mesadas causadas y no canceladas durante los meses de abril a junio de 2018 y la prima de junio del mismo año, que equivalen a la suma de $12.904.235,68, junto con los intereses de mora estipulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que a la actora se le reconoció la pensión de sobrevivientes como hija del causante EFRAÍN CORREA FERREIRA por medio de la Resolución 000037 del 18 de enero de 2002 emitida por el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social y mediante Resolución 1134 de 2008 se le reconoció el acrecimiento como única beneficiaria en un 100% de la pensión.

En el 2018 la actora cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de estudiante durante el periodo comprendido entre enero a junio de 2018 con el certificado aportado a la UGPP; sin embargo, la demandada suspendió el pago de las mesadas descritas violando los derechos fundamentales a la actora.

La UGPP fundamenta su negativa a cumplir con el pago de las mesadas mencionadas en que según informe de seguridad No. 18520 se emitió una alerta dado que la INSTITUCIÓN EDUCATIVA INSTITUTO TÉCNICO DE FORMACIÓN INTEGRAL – INTEFIC presuntamente informó mediante llamada registrada con ID A50DC5AAD610100 del 10 de abril de 2018 que GLADYS PAOLA CORREA ARIAS no se presentaba a clase desde el 1º de marzo de 2018.

Que la demandante cumplió con los requisitos de la Ley 1574 de 2012 artículo 2º y presentó el certificado de escolaridad correspondiente al periodo

[1] F. 2-6 Archivo 01 Expediente Digital

comprendido entre el 15 de diciembre de 2017 y el 15 de junio de 2018 y el de junio a diciembre de 2018, por lo que viene solicitando la cancelación de los rubros indicados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada **UGPP** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones; tuvo como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión, su acrecimiento y a la documental aportada con la demanda; negó o manifestó no constarle los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo debido, prescripción, inaplicación de la indexación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 24 de noviembre de 2022, declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formulada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, absteniéndose el despacho de pronunciarse sobre los demás medios exceptivos propuestos en la contestación de la demanda. Absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y no impuso condena en costas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que no son objeto de debate los aspectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija del causante, así como el acrecimiento de la mesada en porcentaje del 100% a partir del año 2016.

Señaló que la Ley 100 de 1993 en el artículo 47 numeral c) dispuso que los hijos mayores de 18 años que dependían del causante tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes siempre que acrediten su condición de estudiante, por lo que se remitió al artículo 2º de la Ley 1574 de 2012 para resolver sobre la acreditación de estudiante de la actora.

Encontró que conforme a las pruebas allegadas al proceso, la demandante para el 17 de julio de 2014 cumplió la mayoría de edad por lo que tendría derecho

[2] F. 52 a 56 Archivo 01 Expediente Digital

a la pensión hasta el 17 de julio de 2021, fecha en que cumplió la edad de 25 años, salvo que acreditara estar cursando estudios. Que conforme a folios 17 y 18 del expediente obra la certificación de estudios con lo que se acredita que la demandante estaba cursando el programa de SEGURIDAD OCUPACIONAL con una intensidad horaria de 25 horas semanales y otro certificado por el cuarto semestre entre el 1º de junio al 15 de diciembre de 2018 con un horario de 25 horas semanales donde se indica que estaba realizando un reingreso para nivelar módulos pendientes, ya que por motivos de salud había suspendido sus clases.

En cuanto a la inasistencia a las clases, observó que mediante solicitud radicada el 30 de noviembre de 2017 la demandante solicitó el pago de las mesadas, y que conforme a la alerta por inasistencia, la demandante no se presentó a clases desde el 1º de marzo de 2018 lo que la institución educativa certificó, por lo que debió nivelar posteriormente y en consecuencia cursó 5 semestres cuando el programa académico era de cuatro, para lo que igualmente tuvo en cuenta las demás pruebas testimoniales y documentales allegadas al proceso, de los que concluyó que la demandante reprobó 4 materias que niveló en el 5º semestre, periodo que si pagó la demandada, por lo que consideró que la actora no cumplió a cabalidad con los requisitos para el pago de las mesadas pensionales pues la demandada efectuó el pago de 4 semestres y la obligación no era el pago de mesadas por fuera del programa académico aprobado para la carrera, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que se exoneró a la demandada con el argumento de que el tercer semestre fue restablecido en el año siguiente, y que no debía aprobar todas las materias o de lo contrario perdería la pensión, lo que no es acertado.

Que el derecho a la pensión lo tiene hasta los 25 años y hasta mitad del año 2021 ella cumplió con otro programa académico para tener derecho a la pensión. Resaltó que no hay norma alguna o jurisprudencia que establezca que la beneficiaria en tal calidad, tenga que aprobar el semestre o tener un promedio de notas para tener derecho al pago de la mesada pensional, por lo que no podría el estudiante enfermarse o mantener un promedio de notas bajo, sino que lo que debe acreditar es que está cursando los estudios y se cumplan las horas de clases.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si la demandante cumplió con los requisitos para acreditar la calidad de estudiante requerida para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y obtener el pago de las mesadas pensionales dejadas de cancelar por la UGPP.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe señalarse que en este caso no ha sido objeto de controversia el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante por tener la calidad de hija del causante, sino el derecho al pago de las mesadas de abril a junio de 2018 y la prima de junio de 2018.

La Ley 100 de 1993, señala, en el literal c) del artículo 47, que la persona que pretenda acceder a tal derecho, deber acreditar tres circunstancias: a) ser mayor de 18 años y menor de 25, b) haber dependido económicamente de la persona fallecida, y c) encontrarse en la incapacidad para trabajar por razón de sus estudios, condición que puede prolongarse hasta los 25 años si se encuentran vinculados a un programa académico que haga inviable la posibilidad de vincularse laboralmente.

La Ley 1574 de 2012 por la cual se regula la condición de estudiante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, contempla en los artículos 2º y 3º lo siguiente:

> *ARTÍCULO 2o. DE LA CONDICIÓN DE ESTUDIANTE. Para efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los hijos del causante que tengan la calidad de estudiantes enmarcados en el artículo anterior, se deberán acreditar los siguientes requisitos:*
>
> ***Certificación expedida por el establecimiento de educación formal de preescolar, básica, media o superior, autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el caso de las instituciones de educación superior y por las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas para el caso de los establecimientos de educación preescolar, básica y media, donde se cursen los respectivos estudios, en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica no inferior a veinte (20) horas semanales.*** *(Resaltado fuera de texto).*
>
> *Para el caso de los estudiantes de la educación para el trabajo y el desarrollo humano, la calidad de estudiante se demostrará con la certificación que expida la respectiva institución de educación para el trabajo y el desarrollo humano, en donde debe indicarse la denominación del programa, la duración en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica que no puede ser inferior a 160 horas, del respectivo periodo académico, el número y la fecha del registro del programa.*
>
> *Estas certificaciones de asistencia se deberán acreditar a la entidad correspondiente semestralmente.*
>
> *(…)*

Con la demanda se aportó a folio 23 (archivo 1) certificación expedida por el INSTITUTO TÉCNICO DE FORMACIÓN INTEGRAL – INTEFIC certificación expedida el 27 de noviembre de 2017 conforme a la cual la demandante **GLADYS PAOLA COREA ARIAS se encontraba matriculada en el programa de formación técnica en SEGURIDAD SOCIAL cursando tercer semestre que iniciaba el 15 de diciembre y finalizaba el 15 de junio de 2018, con una intensidad horaria de 25 horas semanales.**

A folio 24 (archivo 1) se observa la certificación expedida el 26 de septiembre de 2018 expedida por la misma institución educativa en la que certifica que la

demandante se encontraba matriculada en el programa educativo antes mencionado, con una duración de cuatro semestres "realizando un reingreso para nivelar módulos pendientes que por motivos de salud tuvo que posponer sus clases", cursando el cuatro semestre que inicia el 1º de junio y finaliza el 15 de diciembre de 2018, con una intensidad horaria de 25 horas.

En respuesta al requerimiento del Juzgado, la institución educativa remitió el formato de matrícula académica de la actora con fecha de inicio a clases el 2 de febrero de 2017 y horario de lunes a viernes de 1 AM a 12 M. y certificación expedida el 17 de noviembre de 2022 que acredita que **la actora curso y aprobó el programa de formación técnica de SEGURIDAD OCUPACIONAL que consta de 4 semestres entre el año 2017 y 2019 pon una intensidad de 25 horas semanales y que curso el programa en 5 semestres porque un retraso académico debido a quebrantes de salud** y certificación de la misma fecha conforme a la cual la demandante **"no suspendió ningún periodo académico, sino que por quebrantos de salud, presentó retrasos en algunas materias académicas correspondientes a los semestres del año 2017-2018, los cuales tuvieron que ser nivelados entre el periodo de enero a junio de 2019."**

En el interrogatorio de parte la actora indicó que tiene 26 años, vive en Santa Marta, es técnico en seguridad ocupacional, que es un programa de 4 semestres teóricos y 1 semestre de práctica, tuvo que hacer nivelaciones porque se enfermó y perdió 4 materias de dos semestres. Estudió en la Corporación INTERFIT, la señora Virna Altafulla era la Coordinadora Académica en el momento que ella estudió en la institución, inició sus estudios en febrero de 2017 y culminó en junio de 2019. En el segundo y tercer semestre perdió materias (2 en cada semestre), no recuerda que materias eran, la intensidad horaria semanal era de 25 horas.

Que en primer semestre debía acreditar que estuviera matriculada y la intensidad horaria del programa académico, a partir del segundo semestre debía acreditar que culminó el semestre inmediatamente anterior, por lo que, la Coordinadora de la institución le entregó certificaciones en las que decía que aprobó los semestres, entonces llevó a la UGPP esos reportes y ellos llamaron a la Fundación y como le indicaron que no había ido por estar enferma, la UGPP no le giró los dineros. Indicó que a la UGPP le allegó la sábana de notas y el soporte de todas las asistencias.

Dijo que la UGPP le dejó de girar los dineros sin pedirle ningún documento

o soporte adicional para realizar el giro; simplemente la habían sacado de la nómina y le empezaron a pagar nuevamente a partir de julio de 2018 sin haberle pagado retroactivo; el semestre adicional de 2019 se lo pagaron sin inconveniente.

La testigo VIRNA ALTAFULLA (COORDINADORA ACADÉMICA DEL INSTITUTO donde estudió la demandante) manifestó que es la Directora académica del Instituto INTERFIT desde hace 8 años, maneja todo lo relacionado a las asignaturas y expide certificaciones académicas. Respecto a la demandante afirmó conocerla por ser egresada de la institución en el área de seguridad ocupacional, el pensum se compone de 4 semestres y realizan prácticas empresariales; la demandante estudiaba de lunes a viernes en la mañana (7 AM a 12 del medio día), si perdía materias debía verlas en otro semestre, por lo que el programa de la demandante se extendió a un quinto semestre; conoció del auxilio que le brindada la UGPP por cuanto al inicio de su estudio solicitó un certificado de estudios. Explicó que la demandante tuvo unas ausencias justificadas, pero su excusa fue presentada extemporáneamente, por lo que se le expidieron siempre sus certificados de estudios de que si estaba matriculada activamente a la institución, sin embargo allí no se especificaban las notas o el rendimiento de la estudiante.

Respecto a la orden dada por el Juzgado el 9 de septiembre de 2022 indicó que dio respuesta a la solicitud el mismo día de la diligencia; que la demandante si estudió en el Instituto y cumplió con toda la carga académica asignada. Aclaró que perdió 4 asignaturas, lo que equivale a un semestre, por lo que tuvo que cursar un semestre adicional, a fin de poder obtener su título. Indicó que ha recibido llamadas de las empresas que trabajan con la UGPP y tuvo una visita de un funcionario de la UGPP para corroborar la asistencia a clases; que en marzo de 2018 la demandante estaba enferma y para el momento de la llamada realizada por la UGPP no conocía que la demandante estaba incapacitada, sin embargo, luego remitieron un certificado de estudios para aclarar la situación.

Ahora, la UGPP el 29 de octubre de 2018, respondió la petición presentada por la parte actora en relación con el pago de las mesadas de abril a junio y prima de junio de 2018 que “la funcionaria Coordinadora Académica a través de la llamada registrada con ID A50DCD5AAD610100 de fecha 10/04/2018 y hora 02:04 indica que la alumna GLADYS PAOLA CORREA ARIAS no se presenta a clase desde el 01/03/2018” y argumenta que no hay lugar al pago de las mesadas porque no cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una

intensidad académica no inferior a 20 horas semanales.

Resalta la Sala que en la mencionada comunicación hace referencia a que la beneficiaria de la pensión no cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad de 25 horas; sin embargo, la llamada registrada se hizo el 10 de abril de 2018 y se indica que la estudiante no se presentó a clases desde el 1º de marzo de 2018, lo que según las declaraciones se justificó con incapacidades ante la institución educativa, por lo que se expidieron los certificados de estudios para la UGPP, por lo no puede decirse que con dicha comunicación se acreditó que la actora incumplió con la intensidad horaria.

Por otra parte, si bien se indicó telefónicamente que la demandante no asistió a clases desde el 1º de marzo de 2018 hasta el 10 de abril del mismo año, no existe prueba de su inasistencia a clases entre el 10 de abril y el 30 de junio de 2018, por lo que debió recibir el pago de las mesadas por dicho periodo.

De lo anterior se puede concluir que la sentencia de primera instancia está adicionando un requisito que la legislación vigente no prescribe, como fue la aprobación del programa educativo en el término establecido, que para el caso era de 4 semestres o la aprobación del primer semestre de 2018, cuando para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente bastaba con acreditar que estaba cursando estudios en una institución reconocida por el Ministerio de Educación con la intensidad horaria señalada, por lo que bastaba con la certificación expedida por INTERFIC, que dio constancia que la demandante cursó entre enero y junio de 2018 el programa académico de Seguridad Ocupacional con una intensidad horaria de 25 horas, para lo que se reitera que no está demostrada la ausencia a clases entre el 10 de abril y el 30 de junio de 2018, además de existir una justificación que la Institución educativa tuvo como válida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será revocada, para en su lugar ordenar a la UGPP efectuar el pago de las mesadas de abril a junio de 2018 y la prima de 2018 que dejó de cancelar.

Costas en esta instancia a cargo de la UGPP. Se fija como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 24 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá por remisión del Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar CONDENAR a la UGPP a pagar a la demandante GLADYS PAOLA CORREA ARIAS las mesadas pensionales correspondientes a los meses de abril a junio de 2018 y la prima de 2018, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP. Se fija como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-023-2021-00385-01
DEMANDANTE:	JAVIER FERNANDO RÍOS FORERO
DEMANDADO:	EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 19 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión Convencional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 19 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JAVIER FERNANDO RÍOS FORERO** contra la **EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA,** la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** con radicado No. **11001-31-05-023-2021-00385-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare que tiene derecho a la pensión de jubilación por servicios compartidos con otras entidades estatales establecida en el artículo 59 de la CCT; a partir del 18 de enero de 2015; como consecuencia de ello, se condene al pago de las mesadas retroactivas e indexadas desde esa fecha y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que prestó servicios para la Cámara de Representantes del 8 de agosto de 1994 al 31 de enero de 1995, y para la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA desde el 18 de enero de 1995 a la fecha, para un total de tiempo de servicios de 26 años, 11 meses y 5 días; que es beneficiario de la CCT 1997-1999 celebrada entre SINALTRALIC y la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA, por lo que tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación por servicios compartidos con otra entidades estatales establecida en el artículo 59 de la convención, pero a pesar de haberla solicitado le fue negada, pero los argumentos expuestos para negar la prestación ya han sido desestimados por la CSJ.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA[2]

La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que el actor cumplió veinte años de servicios con posterioridad al 31 de julio de 2010, razón por la que conforme a lo ordenado por el Parágrafo transitorio 3º del artículo 1, del Acto Legislativo 1 de 2005, las reglas de carácter pensional contenidas en la convención colectiva de trabajo, que se solicita aplicar perdieron su vigencia. Además, que para gozar del régimen pensional convencional se debe haber estado al servicio de la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, a 31 de marzo de 1985,

[1] Fs. 4-17 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Archivo 07 Expediente Digital

según lo ordena el artículo 63 ibídem, dado que la fecha contenida en el artículo 59 de la CCT corresponde a un error mecanográfico que será objeto negociación con el Sindicato, y de no ser posible el arreglo directo, se dará inicio a acciones legales ante la jurisdicción ordinaria, en virtud que la premisa solicitada obedece a una interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia, que es ajena a la voluntad de las partes suscriptoras de la convención.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de causa por activa, y/o inexistencia de los derechos pretendidos por pérdida de vigencia de la cláusula convencional, según lo ordenado por el Parágrafo transitorio número tres, del artículo primero del Acto Legislativo No. 1 de 2005; buena fe patronal; cobro de lo no debido; prescripción.

UAE DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA[3]

La Unidad se opuso a las pretensiones del libelo, argumentando que de conformidad con la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de septiembre de 2004 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicado 23389, solo tendrán derecho a los beneficios de la convención colectiva los "*trabajadores que habiéndose cumplido los requisitos convencionales hubieren estado al servicio de la entidad al 31 de marzo de 1985*", pero el demandante nació el 4 de mayo de 1959 e ingresó a la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, el 18 de enero de 1995, es decir, no tenía los requisitos para beneficiarse de la convención colectiva. Agregó, que de conformidad con el art. 18 del Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009 y el concepto No. 47628 emitido por la Dirección de General de Regulación de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio de la Protección Social, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA carece de competencia para pensionar.

[3] Fs. 1-12 Archivo 08 Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Legitimación en la causa por pasiva, falta de integración del litisconsorcio necesario pasivo, eliminación de regímenes exceptuados y especiales, incompatibilidad, imposibilidad de emitir el bono pensional, el demandante suministró la información para la emisión de bono pensional y posterior reconocimiento de la pensión, prescripción, genérica.

COLPENSIONES[4]

La AFP del RPM se opuso a la pretensión condenatoria de la demanda, bajo el argumento que si se declara que entre el actor y la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA existió un contrato de trabajo y que cumplió con el requisito exigido por la convención colectiva SINALTRALIC, será la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA la encargada del reconocimiento de la pensión de jubilación, por lo que la AFP es un tercero ajeno que no tiene responsabilidad alguna en el presente caso, siendo así que la entidad no se encuentra legitimada por pasiva.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de causa para demandar, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e indexación. inexistencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, compensación, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 19 de octubre de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones; declaró probada la excepción de inexistencia de los derechos pretendidos por pérdida de vigencia de la cláusula convencional, según lo ordenado por el Parágrafo transitorio 3 del artículo 1) del Acto Legislativo 01 de 2005; condenó en costas a la parte actora.

[4] Fs. 34-41 Archivo 19 Expediente Digital

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo en síntesis, que frente a la interpretación de los artículos 59 y 63 de la CCT 1997-1999 celebrada entre SINALTRALIC y la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA, se ha pronunciado la Sala Laboral de la CSJ, en el entendido que tendrán derecho a la pensión establecida en el primero de los artículos convencionales referidos, quien además de cumplir con los requisitos ahí exigidos, hubiese estado vinculado a la empresa al 31 de marzo de 1995. Sin embargo, para el 31 de julio de 2010, fecha en que perdió vigencia la cláusula convencional que establece la pensión de jubilación, de conformidad con el A.L 01 de 2005 y lo establecido en la pacifica jurisprudencia de la CSJ, el demandante tan solo contaba con 15 años, 11 meses y 25 días de servicios a empresas estatales, que es inferior al mínimo de 20 años de servicios exigido en la CCT, tiempo que debía antes de que se extinguieran los efectos de la convención.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, argumentó que las decisiones lesionan los derechos del actor, pues la sentencia desconoce los diferentes pronunciamientos de la CSJ en los que se invocó el artículo 59 de la CCT, el cual también se está invocando en esta demanda bajo las mismas condiciones y circunstancias que se contemplan en las sentencias y que incluso el Despacho profirió una sentencia contra la misma demandada con resultados favorables.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, si el demandante tiene o no derecho a la pensión de jubilación establecida en el artículo 59 de la CCT 1997-1999 celebrada entre SINALTRALIC y la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA..

CONSIDERACIONES

Inicialmente hay que destacar que no es objeto de controversia dentro del proceso: **1.** Que el señor JAVIER FERNANDO RÍOS laboró al servicio de la Cámara de Representantes, del 8 de agosto de 1994 al 31 de enero de 1995 (f. 29 Archivo 01 ED); 2. Que se encuentra vinculado laboralmente con la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA, desde el 18 de enero de 1995 (f. 60 Archivo 01 ED).

Para resolver el problema jurídico planteado, debe indicarse que en virtud de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se limitó la posibilidad que se pactaran condiciones pensionales más favorables a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto, con posterioridad al 31 de julio de 2010.

La Corte Constitucional, a través de la sentencia SU 555 de 2014, expuso que la regla general de la reforma al artículo 48 de la Constitución Política realizada por el referido Acto Legislativo, es que a partir de la entrada en vigor de este, que lo fue el 29 de julio de 2005, no podían existir regímenes especiales y exceptuados; no obstante, de conformidad con el parágrafo transitorio 3 de dicha adenda constitucional, ello no implicaba el desconocimiento de los derechos adquiridos y expectativas legítimas,

manteniendo la vigencia de los pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados por "*el termino inicialmente estipulado*".

Específicamente se explicó que: "3*.4.4. Del análisis de los mandatos constitucionales descritos, es posible concluir que después del 31 de julio de 2010 ya no podrán aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas, salvo que los existentes antes de la entrada vigencia del Acto Legislativo estipularán como término inicial, una fecha posterior*".

En sentido análogo se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12498-2017, en la que se rememoró las sentencia SL31000 del 31 de enero de 2007, reiterada en la sentencia SL30077 del 23 de enero de 2009, SL39797 del 24 de abril de 2012, SL1409 de 2015 y SL4963 de 2016, disponiendo las siguientes reglas:

a) "*término inicialmente estipulado*", señalando que el mismo hace alusión al que las partes hubieren pactado, y que debe respetarse aun cuando estuviere en curso al momento de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, e incluso si se extiende más allá del 31 de julio de 2010, plazo máximo fijado por la ley.
b) Si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, una convención colectiva estuviere vigente en virtud de la prórroga automática dispuesta en el artículo 478 del CST, la misma mantendría su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, en virtud del Parágrafo 3 transitorio ibídem, que fijó esta calenda como límite a la pervivencia de los beneficios pensionales extralegales.
c) En el caso que una convención este surtiendo efectos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo ya citado, en virtud de la denuncia de la misma y la iniciación posterior del conflicto que no ha tenido solución, conforme lo dispuesto en el artículo 479 del CST, al igual que en el supuesto anterior, sólo tendrá vigencia la convención hasta el 31 de julio de 2010.

En la citada providencia, sostuvo la Corporación de cierre que si bien en principio la distinción entre los anteriores escenarios pareciera arbitraria, no lo era en razón a que: "…*en la primera situación, el constituyente delegado tuvo de presente la necesidad de respetar y darle plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva, que les permite pactar libremente el tiempo de vigencia de los beneficios convencionales, sin que ello pueda ser abolido unilateralmente por una disposición jurídica*".

En el caso bajo estudio, la entidad demandada alega que el promotor de la acción reunió los requisitos de la norma convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, de ahí que se hace necesario verificar si la CCT 1997-1999, por lo menos en lo que se refiere a su artículo 59 que es la fuente de la prestación reclamada, mantuvo vigencia con posterioridad a esa calenda teniendo en cuenta que el acuerdo convencional se prorrogó debido a la falta de denuncia o de la celebración de acuerdos posteriores.

Al respecto, se tiene que el Comité de Libertad Sindical de la OIT, recomendó al Estado Colombiano respetar el derecho a la negociación colectiva en lo referente a las pensiones de jubilación, al conocer del caso relacionado con el mencionado Acto Legislativo, en el que si bien reconoce el derecho de los Estados en reglamentar el tema de las pensiones, subraya la necesidad de que los mismos respeten el principio del derecho a la negociación colectiva y, por ende, considera que las convenciones colectivas celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho acto legislativo, deberían continuar conservando todos sus efectos incluyendo lo referente en las cláusulas de pensiones hasta la fecha de su vencimiento, aunque ésta sea posterior al 31 de julio de 2010 y pide al Gobierno que adopte las medidas correctivas pertinentes y que mantenga informado sobre las medidas adoptadas.

En este orden de ideas, se procedió a validar en el presente asunto cuál fue la vigencia de la convención colectiva en que basa el demandante sus pretensiones, para así establecer la consecuencia jurídica aplicable al caso.

Así, en el *sub lite* se tiene que el artículo 89 de la CCT 1997-1999 celebrada entre SINALTRALIC y la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA, la cual valga anotar fue aportada al proceso con su respectiva nota de depósito, previó lo siguiente (fs. 30-59 Archivo 01 ED):

> **Artículo 89º.: Vigencia:** Esta Convención tiene una vigencia del 01 de abril de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999.
>
> Las normas de la Convención 1995-1997 que no hayan sido modificadas o derogadas por el presente acuerdo, continuaran vigentes.

Conforme lo anterior, es claro para la Sala que la vigencia del artículo 59 de la CCT 1997-1999 celebrada entre SINALTRALIC y la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA se enmarca dentro de la regla descrita en el literal b) por la jurisprudencia especializada laboral, en razón a que, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, la norma convencional se encontraba vigente en virtud de la prórroga automática dispuesta en el artículo 478 del CST, por lo que mantuvo su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, en virtud del Parágrafo 3 transitorio ibídem, que, como ya se anotó, fijó esa calenda como límite a la pervivencia de los beneficios pensionales extralegales.

Dilucidado lo anterior, habrá de analizarse si el señor JAVIER FERNANDO RÍOS FORERO acreditó los requisitos del artículo 59 de la CCT para acceder a la pensión de jubilación, antes de que el precepto convencional perdiera vigencia, es decir, antes del 31 de julio de 2010. La norma convencional establece lo siguiente:

“

> **Artículo 59º.: Pensión de jubilación por servicios compartidos con otras entidades estatales:** La Empresa pensionará, sin tener en cuenta la edad del trabajador y con el noventa por ciento (90%) del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, a quienes hubieren laborado veinte (20) años con entidades estatales, siempre y cuando hubieren laborado diez (10) de ellos con la Empresa, sinembargo, si el trabajador hubiere laborado con la Empresa quince (15) años o más de los veinte (20) años servidos al Estado, tendrá derecho a una pensión de jubilación igual al noventa y dos (92%) por ciento del promedio salarial del último año, siempre y cuando hayan estado al servicio de la Empresa a 31 de marzo de 1995.

Conforme al precepto convencional, en consonancia con el Parágrafo 3º del A.L 01 de 2005, el actor debe acreditar 20 años de servicios en entidades estatales con antelación al 31 de julio de 2010. Como se dejó establecido con antelación, el promotor de la acción laboró al servicio de la Cámara de Representantes, del 8 de agosto de 1994 al 31 de enero de 1995, y se encuentra vinculado laboralmente con la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA, desde el 18 de enero de 1995, por lo cual, para el 31 de julio de 2010, tan solo completaba 15 años, 11 meses y 23 días de servicios en entidades estatales, de ahí que necesariamente ha de concluirse que antes de que perdiera vigencia la norma convencional que establecía la pensión de jubilación que reclama, no cumplió los requisitos para causar el derecho a la misma, por lo cual indefectiblemente habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Hay que resaltar que resulta de recibo el argumento de la apoderada de la parte demandante relativo a que no se están teniendo en cuenta los pronunciamientos que sobre este tópico ha proferido la Sala Laboral de la CSJ, en razón a que en las sentencias SL5311-2018, SL996-2019 y SL357-2021, se reconoció el derecho pensional con base en el artículo 59 de la CCT 1997-1999 celebrada entre SINALTRALIC y la EMPRESA DE LICORES CUNDINAMARCA, a trabajadores de esta última entidad que acreditaron los requisitos para causar la prestación con anterioridad al 31 de julio de 2010, no siendo ese el caso del señor JAVIER FERNANDO RÍOS FORERO.

Conforme lo hasta aquí expuesto, la sentencia de primera instancia se confirma en su integridad. Costas en esta Instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

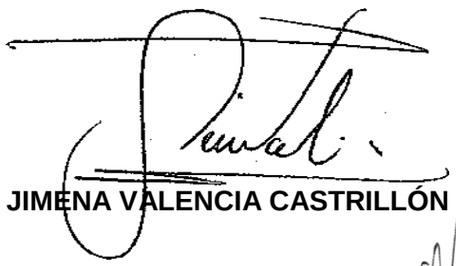
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 19 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

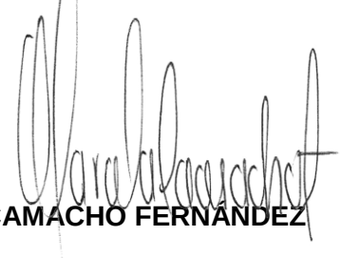
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-023-2020-00068-01
DEMANDANTE:	CLAUDIA VIVIANA GALVIS ÁVILA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 18 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 18 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CLAUDIA VIVIANA GALVIS ÁVILA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-023-2022-00068-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado a través de PORVENIR S.A., por omisión en el deber de información; como consecuencia de ello, condenar a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes efectuados, junto con sus rendimientos a Colpensiones y el detalle de los mismos; condenar a Colpensiones a activar su afiliación al RPM, e igualmente, aceptar y recibir el traslado de todos sus aportes; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 2 de febrero de 1.968, motivo por el cual cuenta con 54 años. Que se afilió al ISS desde el 27 de noviembre de 1987 y hacia el mes de febrero de 1995 se trasladó a la AFP Colmena hoy Porvenir S.A., sin que dicha sociedad le brindara la información adecuada y completa acerca del RAIS, pues no le informó sobre los posibles riesgos de dicho régimen, ni le asesoró sobre las características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra y argumentó que el traslado de la actora desde el régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó con HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A, el 13 de septiembre del año 1995, producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud N° 250210 –documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la

[1] Páginas 1 a 19 archivo 01 del expediente digital.
[2] Páginas 1 a 25 Archivo 06 Expediente Digital

Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES[3]

La demandada se opuso a todas las pretensiones, fundamentando su postura en que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos, como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 18 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por Porvenir S.A.; condenar a Porvenir S.A.

[3] Páginas 1 a 16 Archivo 07 Expediente Digital

a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación a la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; condenar a Colpensiones a recibir a la señora Claudia Viviana Galvis Ávila en el RPM, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir S.A.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.,** interpuso recurso de alzada argumentando que los rendimientos y demás sumas ordenadas en el fallo opugnado no deben devolverse debidamente indexadas, como quiera que la AFP realizó una gestión de los aportes de la afiliada que le generó rendimientos financieros, por lo que tiene derecho a conservarlos, en virtud de las restituciones mutuas y en aras de evitar un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues se beneficiaría de esos recursos sin haber ejercido ninguna administración de los aportes. Añadió que la indexación acarrea una doble sanción porque los

rendimientos generados superan con creces la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de los aportes pensionales.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que para el momento del traslado al fondo privado no le era requerido el tipo de asesoría exigido por el Despacho, sino que bastaba con una explicación somera del régimen pensional nuevo y el RPM administrado actualmente por Colpensiones. Agregó que si bien Colpensiones desconoce las condiciones en las cuales se dio el traslado, sí debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio de parte la demandante manifestó que se le había hecho una proyección de la mesada pensional, arrojándole que le daba más del salario mínimo. Adujo que las diferencias existentes entre los regímenes pensionales se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993, que es pública y de obligatorio conocimiento para los ciudadanos del territorio colombiano. Concluyó que la actora no puede retornar al RPM, dado que se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 y por cuanto su motivación de regreso es eminentemente económica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la

alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLAUDIA LILIANA GALVIS ÁVILA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.,** quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 71 archivo 01 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional,

en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que la asesora de Horizonte le indicó que en el fondo privado iba a obtener una mayor pensión a la de Colpensiones con mejores rendimientos. Que no le hablaron de pensión anticipada, ni de aportes voluntarios (Min. 7:09-16:57 archivo de audio y video 12 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la

totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25

de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la apoderada de PORVENIR S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual de la afiliada, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar

el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. dada la improsperidad de sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

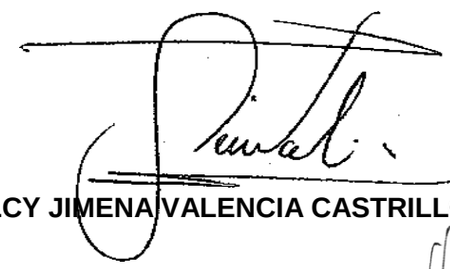
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN





ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2019-00528-01
DEMANDANTE:	ESPERANZA PULIDO MÉNDEZ
DEMANDADO:	CAR
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 12 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reajuste pensión de jubilación – indexación primera mesada, auxilio por muerte
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia del 12 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ESPERANZA PULIDO MÉNDEZ** contra **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR**, con radicado No. **11001-31-05-024-2019-00528-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare que al momento de determinar el monto de la pensión del señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.), la demandada

[1] Fs. 31-40 Archivo 01 Expediente Digital

omitió incluir factores causados y devengados en el último año de servicios como sueldos, sobre sueldos, bonificación por servicios prestados, quinquenio, prima de vacaciones, auxilio de alimentación, dominicales y festivos, horas extra, auxilio de transporte, vacaciones, prima de servicios, prima anual, prima de antigüedad, prima semestral, prima de olor y viáticos; que omitió indexar los salarios para establecer el valor de la primera mesada pensional; que es la única beneficiaria del causante; como consecuencia de ello, se condene a la pasiva al pago del seguro por muerte del pensionado; a reajustar la pensión de jubilación con inclusión de los factores devengados en el último año de servicios; los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) trabajó al servicio de la CAR entre 1949 y 1969, hasta que adquirió el estatus de pensionado; que durante su vinculación con la demandada estuvo afiliado al sindicato y era beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo; que la entidad, al momento de establecer el valor de la pensión de jubilación omitió incluir todos los factores causados y devengados en el último año de servicios; que la entidad omitió indexar los factores salariales tenidos en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación; que el señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) falleció, el 18 de diciembre de 2017; que en calidad de hija, es la única beneficiaria del causante; que la CCT tiene dispuesto un seguro por muerte para los beneficiarios del pensionado fallecido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada estuvo se opuso a todas las pretensiones y, como argumentos de defensa, expuso que calculó en debida forma el IBL para establecer el amonto de la pensión de jubilación y que no adeuda suma alguna a la demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido, mala fe del demandante, prescripción, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 12 de octubre de 2022, declaró que la demandante se encontraba

[2] Fs. 52-59 Archivo 01 Expediente Digital

legitimada para reclamar los derechos pretendidos; condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la suma de $35.936.175 por concepto de seguro por muerte de su progenitor Emigdio Pulido Pineda; absolvió a la pasiva de las restantes pretensiones de la demanda y la condenó en costas procesales.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, previo a indicar que la demandante estaba legitimada para elevar las pretensiones de la demanda en su condición de hija del causante, que a este último se le reconoció la pensión de jubilación bajo el imperio de la Ley 6 de 1945 y que de acuerdo al acto administrativo de reconocimiento, al causante se le liquidó la prestación con base en los salarios devengados en el último año de servicios, la prima de servicio, la prima de navidad y la bonificación de vacaciones, sin que se hubiese demostrado que en ese periodo el causante devengó conceptos adicionales a estos, siendo esa carga probatoria que correspondía a la parte demandante, por lo que no procedía el reajuste de la pensión con inclusión de nuevos factores salariales. Respecto seguro por muerte establecido en el artículo 59 de la CCT 1993-1995, indicó que debía remitirse al Decreto 1083 de 2015, vigente para la fecha de la muerte del pensionado, el cual determinaba que los hijos serían beneficiarios de esa prestación, por lo que la actora tenía derecho al mismo al no existir otro beneficiario dentro del proceso y que no se acreditó que la convención hubiese sido denunciada, por lo cual se encuentra vigente. Aclaró que al no existir prueba de la última mesada devengada por el causante, tomó como base la última mesada reajusta en 1980 y la actualizó a efectos de determinar el monto del seguro por muerte.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante recurrió el fallo y como sustento del mismo, expuso, frente a la reliquidación pensional pretendida, que con la demanda solicitó que la demandada aportara cada uno de los pagos causados por el causante, pues existe diferencia entre los conceptos devengados y los que integraron el IBL, sin que este justificada esa diferencia, ya que la CCT indica que los factores que integral la liquidación de la pensión serán los causados en el último año, sin que se discrimine o se deje alguno por fuera, por lo cual considera que existen elementos probatorios para reajustar la primera mesada pensional. Agregó, que igual debe proceder con la indexación de la primera mesada, pues cuando está fue actualizada había transcurrido un largo tiempo que envileció el poder adquisitivo la mesada, debido a que por esa época la inflación era de dos dígitos, por lo que de un año a otro se podría tener el 20 % de pérdida del poder adquisitivo, motivo por

el cual se deben indexar los salarios que sirvieron de base para liquidar la prestación, pues no puede llegarse al extremo de decir que porque no hubo una pérdida de varios años no resulta procedente la indexación de la primera mesada, aunque respeta los pronunciamientos de las altas cortes.

En relación con el auxilio por muerte, aduce que se solicitaron los montos de las últimas mesadas pagadas al causante, por lo que, a pesar de que la Juez hizo un enorme trabajo para fijar el monto, debe revisarse si con la mesada indexada arroja un valor superior al fijado, de ahí que el tribunal debe solicitar a la CAR que certifique los valores de las últimas mesadas para un mejor proveer. Finalmente, sostiene que para resolver el recurso se tengan en cuenta los principios de la condición más beneficiosa, los derechos adquiridos y los convenios internacionales, así no hayan sido ratificados por el país.

La parte demandada también apeló la decisión frente a la condena principal y las costas, argumentando que la organización sindical de la CAR fue disuelta el 31 de mayo de 2000, por lo que los actos que haya realizado el sindicato con posterioridad a su disolución son ineficaces, por lo cual no es procedente reconocer el auxilio por muerte, debido que este proviene de una CCT cuyo efectos jurídicos se extinguieron, ya que sus derechos solo proceden para el caso de los pensionados que fallecieron durante la vigencia de la misma y no con posterioridad, pues estos solo contaban con una expectativa que desapareció con la extinción de la convención. Además, que el acto legislativo 01 de 2005 establece que los beneficios pensionales serán los del sistema general de pensiones y no otros, aunado a que esos beneficios perderían vigencia el 31 de julio de 2010, conforme lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU555-2014. Que si en gracia de discusión se admitiera que la CCT de la CAR se encontraba vigente para la fecha del deceso del señor Emigdio Pulido Pineda, que lo fue el 28 de diciembre de 2017, tampoco sería viable reconocer el auxilio por muerte, ya que el numeral 7º del acta especial indica que las prestaciones de la persona jubilada solo procederán hasta que el pensionado reúna las condiciones legales para que el ISS u otro fondo asuma el pago de la prestación y, en este caso, el ISS ya le había otorgado la pensión de vejez. Asimismo, en esa acta se estableció que las prestaciones del personal jubilado se reconocerían por uso o costumbre y su vigencia se limitó a un año adicional contado desde la suscripción del acta, aunado a que la disolución de la organización sindical se dio por voluntad de sus propios afiliados y los pensionados y sus beneficiarios no se encuentran dentro de la clasificación que hace el artículo 50 del Decreto 3135 de 1968, norma que se debe armonizar con el

artículo 467 del C.S.T., que establece que la CCT se aplica durante la vigencia del contrato de trabajo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite el* determinar; primero, si resulta procedente reajustar la pensión de jubilación del señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.), con inclusión de nuevos factores salariales; segundo, si es procedente la indexación de la primera mesada pensional del causante y; tercero, si la demandante tiene derecho al seguro por muerte que reclama.

CONSIDERACIONES

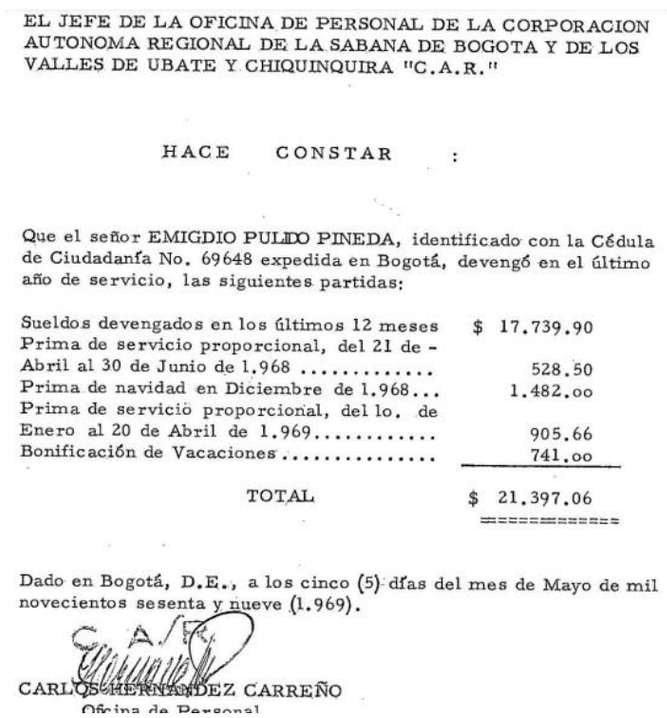
Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no se encuentran en discusión dentro del presente asunto: 1. Que la CAR reconoció al señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 6 de 1945, a partir del 21 de abril de 1969, en cuantía inicial de $1337 (Fs. 80-84 Carpeta 09 ED; 2. Que el señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) falleció el 17 de diciembre de 2018 (f. 13 Archivo 01 ED); 3. Que la señora ESPERANZA PULIDO MÉNDEZ es hija del señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) (f. 21 Archivo 01 ED).

Sostiene la parte demandante que el Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) causó y devengó, dentro de su último año de servicios, sueldos, sobre sueldos, bonificación por servicios prestados, quinquenio, prima de vacaciones, auxilio de

alimentación, dominicales y festivos, horas extra, auxilio de transporte, vacaciones, prima de servicios, prima anual, prima de antigüedad, prima semestral, prima de olor y viáticos, los cuales no fueron incluidos por la CAR como factores salariales al establecer el monto de la pensión de jubilación reconocida al causante.

Al respecto, como bien lo indicó la A quo, la Ley 6 de 1945, sustento normativo para la pensión de jubilación reconocida al causante, no establece cuáles serán los factores llamados a integrar el cálculo para su cuantificación; sin embargo, el Decreto 1848 de 1969, a través del cual se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, dispone en su artículo 73 que el valor de la pensión jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie devengadas en el último año de servicios por el empleado oficial.

Revisado el acto administrativo de reconocimiento, se observa que los factores que se tuvieron en cuenta para liquidar la prestación fueron los salarios, la prima de servicios, la prima de navidad y la bonificación por vacaciones causados y devengados entre 21 de abril de 1968 y 20 de abril de 1969. Ha de resaltarse que los factores incluidos por la entidad que reconoció la pensión de jubilación se encuentran conforme a la certificación emitida por el Jefe de la Oficina de Personal de la CAR, el 5 de mayo de 1969, en la cual se hace constar que los conceptos referidos fueron los devengados por el causante en el último año de servicios.



EL JEFE DE LA OFICINA DE PERSONAL DE LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA SABANA DE BOGOTA Y DE LOS VALLES DE UBATE Y CHIQUINQUIRA "C.A.R."

HACE CONSTAR :

Que el señor EMIGDIO PULIDO PINEDA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 69648 expedida en Bogotá, devengó en el último año de servicio, las siguientes partidas:

Sueldos devengados en los últimos 12 meses	$ 17.739.90
Prima de servicio proporcional, del 21 de - Abril al 30 de Junio de 1,968	528.50
Prima de navidad en Diciembre de 1.968...	1.482.oo
Prima de servicio proporcional, del lo. de Enero al 20 de Abril de 1.969.....	905.66
Bonificación de Vacaciones	741.oo
TOTAL	$ 21.397.06

Dado en Bogotá, D.E., a los cinco (5) días del mes de Mayo de mil novecientos sesenta y nueve (1.969).

CARLOS HERNANDEZ CARREÑO
Oficina de Personal

En ese sentido, no resulta procedente reajustar la pensión de jubilación con inclusión de nuevos factores salariales, como quiera que la prestación se calculó

con base en los conceptos que devengados por el trabajador oficial en el último año de servicios, de acuerdo con la certificación que para tal efecto emitió el empleador y la parte demandante no acreditó que el causante hubiese devengado conceptos distintos a los mencionados, siendo es carga probatoria que le correspondía, tal como lo dejó sentado la operadora judicial de primer grado.

No es de recibo el argumento del recurrente activo en cuanto que la CCT establece que los factores que integral la liquidación de la pensión serán los causados en el último año, sin discriminar o dejar por fuera alguno, pues aparte de que la pensión de jubilación reconocida al señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) es de origen legal y no convencional, la convención colectiva vigente en la CAR para la fecha de reconociendo de la prestación al causante era la de 1968, la cual no consagra ninguna pensión en favor de los trabajadores.

Ahora, frente a la indexación de la primera mesada pensional, se tiene que al señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.) se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 21 de abril de 1969, como quiera el retiro del servicio oficial se llevó a cabo el día 20 de abril de 1969 y como ya se anotó, la prestación se liquidó con los factores devengados en el último año de servicios. En ese sentido, se tiene que entre la fecha de retiro del trabajador y la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, transcurrió tal sólo un día, de lo cual se evidencia que los valores usados para liquidar la prestación no sufrieron pérdida del poder adquisitivo, como quiera que la fecha de reconocimiento de la pensión, esto es, 21 de abril de 1969, el IPC final correspondería al consolidado de 1968, que es precisamente el año en el cual se tomaron unos factores para liquidar la prestación y los otros correspondieron al mismo año de reconocimiento, de ahí que resulte obvio que los mismos no sufrieron pérdida del poder adquisitivo por el paso del tiempo.

Al respecto, se pronunció la Sala Laboral de la CSJ dentro de la Sentencia SL1945-2021 reiterada en la Sentencia 4209-2022, en los siguientes términos:

> *"La inconformidad de la censura radica entonces en no compartir la decisión del ad quem --de no actualizar los salarios correspondientes al año 1988--, empleados para calcular la pensión convencional de jubilación que le fue reconocida al actor a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral que, como ya se dijo, ocurrió en 1989.*
>
> *Pues bien, esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera pacífica y reiterada frente a la problemática planteada por el recurrente, en el sentido de que tal pedimento resulta improcedente cuando la prestación comienza a disfrutarse al día siguiente del retiro del servicio, comoquiera que el ingreso base de liquidación no se ve afectado por la*

pérdida del poder adquisitivo, pues no transcurre un período de tiempo considerable entre la terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión.

En efecto, al resolver un asunto de similares contornos al aquí debatido, incluso contra la misma entidad demandada, esta Sala de la Corte en la sentencia SL700-2021, así reflexionó al respecto:

[…] esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 46832, precisó que se requiere que transcurra un lapso entre el retiro del servicio y el goce de la prestación para que sea procedente la actualización del ingreso base de liquidación, postura que ha sido reiterada en providencias CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 51403, CSJ SL698-2013, CSJ SL4106-2014, CSJ SL8248-2014, CSJ SL10506-20174, CSJ SL11386-2014, CSJ SL11384-2014, CSJ SL1361-2015, CSJ SL13076-2016, CSJ SL3191-2018 y CSJ SL2880-2019. Sobre el tema señaló:

(…) "Ya frente a la discusión jurídica que plantea el recurrente, debe resaltar la Sala que, a pesar de que el Tribunal dijo que la corrección monetaria de las pensiones tenía un carácter excepcional en el ordenamiento jurídico y que no se había generado en el caso del actor un retardo en el pago de la prestación que la justificara, aspectos que ya han sido recogidos ampliamente por la nueva jurisprudencia de esta Corporación en materia de indexación de las pensiones, lo cierto es que para el ad quem aquélla constituía un mecanismo para paliar la pérdida del valor del peso, entre la fecha del retiro del servicio y la del reconocimiento del derecho y la misma procedía cuando la base salarial hubiese sufrido desmedro entre estas fechas, por lo que encuentra la Sala que las manifestaciones mencionadas del ad quem, a pesar de pasar por alto lo planteado por la jurisprudencia, no afectan la esencia de la decisión tomada.

"Ahora bien, en efecto tal como lo afirma el recurrente y lo entendió el mismo Tribunal, la teleología de la figura de la corrección monetaria de las pensiones no es otra sino la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país, para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión, tal como lo sostuvo esta Sala en las sentencias que modificaron los criterios jurisprudenciales anteriores en la materia (…).

(…) "En este orden de ideas, no pudo incurrir el Tribunal en yerro jurídico alguno, dado que entre el momento de la terminación del contrato del actor, esto es, el 31 de agosto de 1995 y el del reconocimiento de la pensión, es decir, el día siguiente, no hubo una desmejora apreciable en el ingreso base de liquidación (…)". (Sentencia del 12 de abril de 2011, Rad. 45922).

En este preciso caso el Tribunal estableció que la demandante no tenía derecho a la indexación de la primera mesada de su pensión, en la medida en que había sido reconocida a partir del día siguiente al que feneció su vinculación laboral y, tras ello, no se había verificado un periodo de tiempo dentro del cual se hubiera dado lugar a una pérdida del poder adquisitivo del salario base de liquidación.

Esto es que, en plena correspondencia con la jurisprudencia trazada por esta Corporación en torno al tema, al encontrar que la pensión fue concedida y pagada de manera concomitante con la terminación del contrato de trabajo, el Tribunal no distinguió una notoria pérdida del poder adquisitivo del salario, que abriera paso a la posibilidad de actualizarlo. Con ello, no incurrió en los yerros que le endilga la censura que, de otro lado, no expuso argumentos que impusieran una modificación o reconsideración de la posición reiterada y pacífica que se tiene frente a la cuestión analizada.

> *Así las cosas, como en el sub examine el actor prestó sus servicios a la demandada hasta el 15 de junio de 1989, y comenzó a disfrutar la pensión de jubilación convencional desde el 16 de junio de la misma anualidad, es decir, a partir del día siguiente de la fecha de retiro, resulta palmario que no se equivocó el Tribunal al negar la indexación pretendida, pues el IBL no sufrió devaluación monetaria alguna."*

Extrapolando las anteriores consideraciones al caso concreto, se evidencia que la indexación pretendida resulta abiertamente improcedente, en razón a que al haber transcurrido tan solo un día entre la fecha del retiro del trabajador oficial y la fecha de disfrute de la pensión de jubilación, no es posible predicar que esta última sufrió pérdida del poder adquisitivo por el paso del tiempo, por lo cual se confirmará la decisión de la A quo en ese sentido.

Ahora, en lo que respecta al seguro por muerte, se tiene que la CCT 1993-1995 suscrita entre la CAR y su sindicato de trabajadores, la cual fue aportada al proceso con la respectiva nota de depósito (fs. 36-71 Carpeta 09 ED), dispone en su artículo 59 lo siguiente:

> **Artículo 59.**- En caso de muerte de un trabajador al servicio de la CAR o de un pensionado, sus beneficiarios en el orden establecido en las normas legales vigentes, tendrán derecho a que la Corporación les pague una compensación equivalente a cuarenta y siete (47) meses del último salario básico o de la última mesada pensional correspondiente al causante. Si la muerte ocurriere por accidente, la compensación será de setenta y ocho (78) meses, liquidados con base en el último salario básico o mesada pensional correspondiente al causante. Además los beneficiarios del trabajador tendrán derecho al pago de las prestaciones sociales que le hubieren correspondido a éste, según las normas legales.

el recurrente pasivo sostiene que no existe la obligación de reconocer a la demandante la compensación por al muerte de su padre, en atención a que el sindicato con el cual se suscribió dicho acuerdo colectivo se disolvió y, por tanto, la CCT se extinguió. Sin embargo, pasa por alto el apoderado de la demandada el contenido del artículo 474 del C.S.T., el cual expresamente dispone que: "*Si es disuelto el sindicato que hubiere celebrado una convención, ésta continúa rigiendo los derechos y obligaciones del empleador y los trabajadores*.", es decir, que la disolución del sindicato de trabajadores de la CAR no se traduce en que los acuerdos colectivos vigentes para la época de la desaparición del sindicato pierdan su eficacia, pues estos continuaran rigiendo las relaciones entre las partes contratantes, hasta tanto sea denunciada la CCT y, en ese caso, no se acreditó que el artículo 59 de la convención hubiese sido denunciado por ninguna de las partes, por lo cual ha de colegirse que se encontraba vigente para la fecha del deceso del señor Emigdio Pulido Pineda (Q.E.P.D.).

Tampoco resulta acertado el argumento del togado, relativo a que el A.L. 01 de 2005 impide el reconocimiento de beneficios pensionales adicionales a los del sistema general, pues la compensación por muerte no corresponde a un beneficio pensional, sino a una prestación que convencionalmente se estableció para los trabajadores de la CAR y que se hizo extensiva, de acuerdo al texto de la convención, al personal pensionado por la entidad, es decir, la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo no tuvo incidencia alguna frente al artículo 59 de la CCT.

Ahora, el sindicato y la CAR suscribieron un acta especial, el 24 de mayo de 2000, que frente al personal jubilado dispuso lo siguiente:

> 7.- **PERSONAL JUBILADO**: En razón a que no existe integración convencional por diversidad de criterios entre la CAR y su sindicato y a que rige únicamente el acta de julio de 1.998 sin existir el complemento que recoja normas anteriores, las partes precisan los puntos que rigen para este personal hasta tanto el interesado reúna las condiciones legales para que el I.S.S. o un Fondo Pensional asuma el pago de la referida pensión. Consecuentemente con la aclaración indicada, las prestaciones siguientes no serán autorizables para caso de sustitución por muerte :
>
> a.- Auxilio para gafas y lentes de contacto.
> b.- Auxilio Educativo
> c.- 80% del costo de la droga especializada que no dé el P.O.S. de manera genérica o sustitutiva.
>
> Estas prestaciones se conceden por uso o costumbre y su vigencia se limita a un año adicional contado a partir de la fecha.
>
> "

Al respecto, resulte necesario hacer dos acotaciones; la primera, que no existe prueba de que tal acta hubiese sido depositada ante el Ministerio del Trabajo como presupuesto para su validez y; segundo, en la misma se establecieron de forma expresa los beneficios convencionales para el personal jubilado que no serían susceptibles de ser sustituidos a los beneficiarios del pensionado en caso de muerte, dentro de los cuales no se encuentra la compensación establecida en el artículo 59 de la CCT, por lo cual, contrario a lo argüido por el recurrente, el citado beneficio convencional se mantuvo vigente en la literalidad como había sido pactado por las partes contratantes de la convención.

En ese sentido, estando la demandante, en calidad de hija, incluida como beneficiaria en el orden establecido en el artículo 2.2.2.32.2 del Decreto 1083 de 2015, vigente para la fecha de la muerte del acusante y siendo la única beneficiaria que se presentó a reclamar ante la entidad, tal como lo reconoció la demandada al responder el cuestionario remitido por el juzgado de conocimiento (Archivo 07 ED), no existen razones de hecho ni de derecho para revocar la decisión condenatoria

de primera instancia, pero tampoco resulta procedente la modificación del valor como lo pretende la parte actora, como quiera que ello dependía de la prosperidad del reajuste e indexación de la primera mesada pensional.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Sin Costas en esta instancia por no haber prosperado ninguno de los recursos de apelación.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

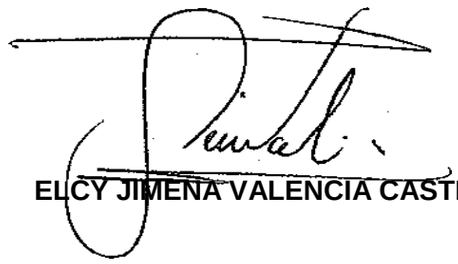
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-029-2021-00449-01
DEMANDANTE:	OMAR GONZÁLEZ MARTÍNEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 25 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia del 25 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **OMAR GONZÁLEZ MARTÍNEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, quien llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-029-2021-00449-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada en julio 1999 ante PORVENIR S.A., como también las afiliaciones realizadas ante COLFONDOS S.A. Y SKANDÍA S.A.; en consecuencia, se ordene a SKANDIA S.A. retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por COLPENSIONES y se ordene a esta recibirlo en dicho y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que estuvo afiliado en el RPM desde el 1º de agosto de 1986 hasta el 1º de agosto de 1994; que en julio de 1994, cuando laboraba en la Biofilm S.A., un asesor de la AFP PORVENIR S.A. le aseguró que el ISS se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento, que en el RAIS que tendría mayores rendimientos y que podría pensionarse en el momento en que quisiera, por lo que tomó la decisión de trasladarse de régimen pensional, pero el asesor no le informó del derecho de retracto que le asistía.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que la afiliación del demandante con la AFP en el año 2001 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

---

[1] Fs. 1-19 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 2-26 Archivo 07 Expediente Digital

COLFONDOS S.A.[3]

La AFP se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas y argumentó que brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Además, que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Propone como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, innominada, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SKANDIA S.A.[4]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y, como argumentos de defensa, sostuvo que de acuerdo con la ley, la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria, por lo que en tal sentido, al seleccionar el RAIS, el demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, más aún, cuando el traslado a la AFP provino de la PORVENIR AFP. y no del RPM. La AFP presentó llamamiento en garantía frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Propone como excepciones de fondo: Actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo

[3] Fs. 4-15 Archivo 09 Expediente Digital
[4] Fs. 2-17 Archivo 06 Expediente Digital

cotizado, 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, genérica.

COLPENSIONES[5]

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el demandante realizó su traslado de conformidad con el artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993, es decir en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo al RAIS administrado en esta oportunidad por Skandia S.A., sin observarse la existencia de algún vicio en el consentimiento tales como el error, la fuerza o el dolo, dentro de la afiliación realizada

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.[6]

La aseguradora se opuso a las pretensiones del llamamiento y en garantía realizado por SKANDIA S.A. y a las pretensiones de la demanda dirigidas contra esta última. Como argumentos de su postura expuso que contrastando los hechos de la demanda con los requisitos de validez y eficacia de los actos jurídicos bilaterales, tal cual se exponen en el artículo 1502 del Código Civil, la afiliación al RAIS fue en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontáneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como en su alcance y consecuencias, exento de vicio alguno en el consentimiento. Asimismo, que el supuesto error como vicio del consentimiento, vista las posibilidades de configuración que se exponen en los artículos 1510 al 1512 del Código Civil, de cara

[5] Fs. 3-16 Archivo 05 Expediente Digital
[6] Fs. 2-25 Archivo 14 Expediente Digital

a los hechos de la demanda, ninguno de ellos se adecúa o tipifica alguna de las premisas legales.

Propuso como excepciones de mérito frente a la demanda: el acto jurídico de afiliación al rais, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno, del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., prescripción de la acción de nulidad, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia, reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento en garantía propuso como excepciones de fondo: frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A." y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el demandante a HORIZONTE AFP, el 24 de junio de 1994,

con fecha de efectividad 01 de julio de 1994, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales del afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; ordenó a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima; ordenó a la COLPENSIONES a recibir de SKANDIA los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones, rendimientos y suma destinada para garantía de pensión mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral; absolvió a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y la LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la orden de devolución de recursos debe ser adicionada, ya que de acuerdo a la jurisprudencia que sirvió de base para la sentencia, además de los emolumentos ahí indicados, también señala que se debe devolver lo correspondiente a los seguros previsionales y los gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OMAR GONZÁLEZ MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, incluyendo la devolución de los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones

especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó HORIZONTE hoy **PORVENIRS.A.,** ni ninguna de las AFP del RAIS convocadas al proceso, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** (f. 94 archivo 07 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y también con las demás AFP privadas llamadas a juicio (fs. 34-36 archivo 06 y f. 32-94 archivo 09 ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes

y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante el actor a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidas las sumas destinadas a la garantía de pensión mínima_que cobró SKANDIA S.A. durante el tiempo vinculación el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Sin embargo, le asiste razón al recurrente en cuanto que también resulta procedente ordenar la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos cobrados por cada una de las AFP del RAIS a las que estuvo afiliado el promotor de la acción, pues al respecto, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si la vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración, los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, motivo por el cual la Sala no comparte la decisión absolutoria de la A quo frente a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 may. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción alegada por las AFP del RAIS recurrentes, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin Costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso de

apelación.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 25 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **SKANDIA S.A.** que traslade a **COLPENSIONES,** además de lo indicado por la primera instancia, los gastos de administración y la prima de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes y **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** que trasladen a **COLPENSIONES** los gastos de administración, los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes. Todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP demandadas, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el señor **OMAR GONZÁLEZ MARTÍNEZ** estuvo afiliado cada una de las administradoras del RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-030-2020-00399-01
DEMANDANTE:	JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 14 de febrero de 2022
JUZGADO:	Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de vejez - Compatibilidad
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** con radicado No. **11001-31-05-030-2020-00399-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se condene a la demandada a reconocer la pensión de vejez a partir del 12 de mayo de 2013; al pago de las mesadas retroactivas, los intereses moratorios y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 12 de mayo de 1953; que laboró al servicio de FERROCARRILES NACIONALES desde el 6 de octubre de 1980 hasta el 29 de noviembre de 1991 y esta entidad le reconoció la pensión sanción, pero no realizó cotización alguna con destino al otrora ISS; que es beneficiario del régimen de transición, ya que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, había acreditado más de mil semanas y cuenta con 1.118 semanas cotizadas como trabajador de empresa privada; sin embargo, que COLPENSIONES le ha negado la pensión de vejez mediante diversos pronunciamientos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que los actos administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustados en derecho, pues se tomaron factores de edad y semanas cotizadas que no lo ubican bajo los presupuestos legales del Decreto 758 de 1990 junto con las demás normas concordantes en la materia, en razón a que no acredita 750 semanas con anterioridad al 25 de julio de 2005 conforme al Acto Legislativo 01 de 2005.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho y cobro de lo debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, genérica, buena fe.

[1] Fs. 1-21 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 1-6 Archivo 10 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de febrero de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho; absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, en síntesis, que el demandante no tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en la Ley 100 de 1993, ya que cumplió los 60 años de edad, el 12 de mayo de 2013, fecha en la cual tan solo había cotizado 1106 semanas, de las 1250 que se exigían para esa anualidad. Asimismo, que tampoco tenía derecho a la pensión con base en el Decreto 758 de 1990, en razón a que el régimen de transición se le terminó el 31 de julio de 2010, por no contar con 750 semanas a la entrada en vigencia del A. L. 01 de 2005, sin que sea posible acumular los tiempos laborados al servicio de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, ya que solo es posible devengar una pensión de jubilación del sector público y una pensión de vejez, cuando la segunda se ha causado con cotizaciones realizadas en el sector privado, de ahí que esos tiempos son incompatibles para causar la pensión de vejez, por lo que, lo que corresponde, es que el demandante siga cotizando hasta completar las semanas necesarias para tener derecho a la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, expuso que el Juez manifestó que el actor perdió el régimen de transición por no cotizar 750 semanas antes del 2010, pero olvidó revisar las semanas cotizadas entre 1980 y 1991, las cuales son compatibles para acceder a la pensión de vejez, ya que nada tiene que ver que una sea la cotización al sector público y otra la realizada al ISS hoy COLPENSIONES, como lo ha indicado la CSJ en la Sentencia SL6718-2016, jurisprudencia que es aplicable a este asunto, por tratarse de casos muy parecidos. Agregó, que de acuerdo al material probatorio, el demandante tiene derecho a la pensión de vejez por ser compatible con la pensión sanción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, el determinar; primero, si el demandante tiene o no derecho a la pensión de vejez que reclama y; segundo, si esa pensión de vejez es compatible con la pensión sanción que devenga.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor **JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN** nació el 12 de mayo de 1953 (f. 25 Archivo 01 ED); **2.** Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció al demandante una pensión proporcional de jubilación (pensión sanción) a través de Resolución No. 345 del 24 de febrero de 2014, a partir del 12 de mayo de 2013, por los servicios prestados a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA entre 6 de octubre de 1980 y 29 de noviembre de 1991, con base en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 (fs. 66-75 Archivo 01 ED); **3.** Que el actor presentó reclamación administrativa de la pensión de vejez, el 7 de mayo de 2014, la cual le fue negada por COLPENSIONES mediante Resolución GNR 228798 del 19 de junio de 2014

(fs. 84.85 Archivo 01 ED); **4.** Que COLPENSIONES confirmó la decisión de negar la pensión de vejez al actor a través de resoluciones GNR 331335 del 23 de septiembre de 2014 y VPB 17510 del 26 de febrero de 2015 (fs. 49-53 y 89-92 Archivo 01 ED); **5.** Que mediante resoluciones GNR 228470 del 3 de agosto de 2016 y SUB 111427 del 25 de abril de 2018, se le negó al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (fs. 33-37 y 39-47 Archivo 01 ED).

Para resolver los problemas jurídicos planteados, lo primero que se debe dejar sentado, es que en efecto, la pacifica línea jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, ha enseñado que la pensión sanción consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 resulta compatible con la pensión de vejez del SGSSP, en tanto el origen, objeto y financiación de cada una de estas prestaciones resulta ser distinto. Así lo reiteró el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en Sentencia SL3485-2022, en los siguientes términos:

> *"(…) Ello es así, en la medida en que esta Corte, de manera reiterada, ha sostenido que las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni reemplazadas por la de vejez que asumió el ISS conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador.*
>
> *Lo anterior, porque* ***la prestación restringida de jubilación tiene un carácter subjetivo, el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores, y sanciona al empleador que los despedía luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez*** *(CSJ SL496-2022). Así se explicó en el fallo CSJ SL4374-2020:*
>
> > *Así lo ha adoctrinado esta Corporación, entre otras razones porque esta prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.*
> >
> > *En efecto, la Sala en la sentencia SL 45545, 6 sep. 2011, reflexionó respecto al tema brindando unos argumentos que sirvieron de fundamento en las providencias SL818-2013, SL889-2013, SL16386-2014 y SL7659-2016, SL15025-2017 entre otras, allí así se enseñó:*

[…] Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007 radicado 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733 respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto a que ***la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador****. En esa oportunidad la Corte puntualizó:*

(...) debe advertirse desde ya que la razón está de lado del impugnante. Para el efecto, considera la Corte suficiente traer a colación el pronunciamiento vertido en la sentencia de casación del 12 de febrero de 2007, radicación 28733, en los siguientes términos:

"Con las anteriores precisiones, puntualiza la Corte que desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el Instituto de Seguros Sociales. Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación.

Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como pensión sanción, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 –lo cual solamente incidía para la edad del disfrute--, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo".
Ahora bien, resulta equivocado el argumento expuesto por la recurrente según el cual la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 viene a ser sustituida por la que, por el riesgo de vejez, asume el sistema de seguridad social, pues si esa hubiese sido la finalidad del legislador, no se habría previsto que una (art. 267 CST) y otra (art. 133 Ley 100/93) tuvieran regulación propia y supuestos disímiles para su consolidación.

De este modo, bajo la égida del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, los trabajadores que fueren despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como aquellos que se retiraren voluntariamente después de 15 años de servicios, continuos o discontinuos, tendrían derecho a recibir de sus empleadores una pensión especial, exigible a partir del momento en que cumplieran la edad señalada en dicha normativa, por no ser tal elemento un requisito estructurador de la pensión sino de exigibilidad, tal y como lo tiene

> *dicho la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9773-2017, SL5704- 2015, SL6446-2015, SL997-2015.*
>
> *Paralelamente, es oportuno recordar que la causación de la pensión restringida de jubilación puede estructurarse, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con la observancia del tiempo mínimo de servicios y de la causa del retiro conforme lo previsto en la Ley 171 de 1961. En tal sentido, en la sentencia SL-818-2013, la Sala adoctrinó:*
> *[…] Para resolver tal cuestionamiento basta recordar lo suficientemente explicado por la jurisprudencia de la Corte respecto de la asunción de riesgos por el I.S.S. y su incidencia en la aludida pensión proporcional de jubilación, en el sentido de que las pensiones previstas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta.*

Ahora, ***basta con apreciar que el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación se hizo teniendo en cuenta únicamente el periodo en que el trabajador estuvo vinculado a la EDIS, mientras que para la de vejez, contrario sensu, el ISS solo sumó los periodos que aparecen en su historia laboral*** *(f.° 152 a 158),* ***lo que en últimas demuestra que la fuente de financiación es distinta****."* (Negritas de la Sala).

De acuerdo con la jurisprudencia patria, la compatibilidad entre la pensión sanción regulada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y la pensión de vejez a cargo de las AFP surge en razón a que la primera se genera por la mera prestación del servicio en un tiempo determinado y propende por la estabilidad del trabajador en el empleo, mientras que la segunda nace de las cotizaciones efectuadas al SGSSP para cubrir el riesgo de vejez, es decir, lo determinante para establecer la compatibilidad es que la fuente de financiación de las prestaciones es distinta, ya que una está a cargo exclusivamente del empleador sancionado por haber despedido al trabajador, y la otra está a cargo de la AFP que ha administrado los aportes realizados por el afiliado, siendo ellos la fuente de financiación.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la pensión sanción no corresponde a las prestaciones subrogadas al otrora ISS con la entrada en vigencia del Decreto 3041 de 1966, ya que, se reitera, esa pensión no tiene por objeto cubrir el riesgo de vejez, sino proteger la estabilidad en el empleo, aspecto que también resulta ser un argumento para concluir su compatibilidad. Así mismo, vale resaltar

que la compartibilidad establecida en el Decreto 2879 de 1985, solo opera para las. "…*pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente…*", características que no corresponden a la pensión sanción, aunado que la obligación de seguir cotizando al sistema que surge para empleador que reconoce esas pensiones de jubilación, solo surge para aquellos que se encontraban inscritos en el ISS para la fecha de reconocimiento de la respectiva prestación.

Sentado lo anterior, necesariamente debe colegir la Sala que los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar, pues por un lado, de conformidad con la historia laboral expedida por COLPENSIONES, ha cotizado en toda su vida laboral un total 1144 semanas (Archivo 15 ED), las cuales son insuficientes para causar el derecho pensional conforme el requisito de densidad de semanas establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que en la actualidad el mínimo de cotizaciones es de 1300, y para el 12 de mayo de 2013, fecha en que el señor JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN alcanzó los 60 años de edad, por haber nacido el mismo día y mes del año 1953 como se indicó al inicio de estas consideraciones, el número de semanas exigidas era de 1250.

Adicionalmente, si bien como lo expuso el A quo, el promotor de la acción en principio era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la entrada en vigor de esa norma contaba con 41 años de edad, tal beneficio se le extinguió el 31 de julio de 2010 por mandato expreso del A. L. 01 de 2005, como quiera que a la entrada en vigencia de esa adenda constitucional, que lo fue el 29 de julio de 2005, solo contaba con 704,29 semanas de las 750 exigidas para extender el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

AFILIADO	F/DESDE	F/HASTA	TOTAL
JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN	10/09/1976	2/07/1980	1392
	28/07/1980	23/08/1980	27
	30/11/1994	31/12/1994	32
	1/02/1995	31/12/1995	330
	1/01/1996	31/12/1996	360

	1/01/1997	31/12/1997	360
	1/01/1998	31/12/1998	360
	1/01/1999	31/12/1999	360
	1/01/2000	31/12/2000	360
	1/01/2001	31/12/2001	360
	1/01/2002	31/07/2002	210
	1/09/2002	31/12/2002	120
	1/01/2003	28/02/2003	60
	1/11/2003	30/11/2003	30
	1/01/2004	31/12/2004	360
	1/01/2005	29/07/2005	209
TOTAL DIAS			**4930**
TOTAL SEMANAS			**704,29**

Hay que resaltar que no es posible, como lo pretende la recurrente, que se sume en el total de semanas cotizadas el tiempo laborado al servicio de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, pues con base en dicho periodo se reconoció la pensión sanción y, como se explicó en líneas que anteceden, uno de los presupuestos para que exista compatibilidad entre esa prestación y la pensión de vejez, es que cada pensión tenga una fuente de financiación distinta, aunando que en la Resolución No. 345 del 24 de febrero de 2014, no quedó establecida la obligación de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de continuar cotizando al SGSSP en favor del actor hasta tanto este alcanzara el derecho a la pensión de vejez, y ello es así, porque no se configuran los supuestos del Decreto 3041 de 1996, ni del Decreto 2879 de 1985, pero en todo caso, si en gracia de discusión se admitiera que el exempleador tenía la obligación de cotizar para subrogar el riesgo de vejez, lo que emergería de esa situación sería la compartibilidad entre ambas prestaciones y no la compatibilidad que alega la parte actora.

Finalmente, ha de indicarse que, contrario a lo argüido por la apoderada de la parte demandante, la Sentencia SL6718-2016 como corresponde a un precedente aplicable a este asunto, pues en esa oportunidad lo que analizó la Corte fue la compatibilidad entre una pensión de jubilación convencional a cargo de un empleador del sector privado y la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, no siendo esa la situación fáctica del sub lite.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Las Costas en esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 14 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-030-2020-00399-01
DEMANDANTE:	JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 14 de febrero de 2022
JUZGADO:	Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de vejez - Compatibilidad
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** con radicado No. **11001-31-05-030-2020-00399-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se condene a la demandada a reconocer la pensión de vejez a partir del 12 de mayo de 2013; al pago de las mesadas retroactivas, los intereses moratorios y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 12 de mayo de 1953; que laboró al servicio de FERROCARRILES NACIONALES desde el 6 de octubre de 1980 hasta el 29 de noviembre de 1991 y esta entidad le reconoció la pensión sanción, pero no realizó cotización alguna con destino al otrora ISS; que es beneficiario del régimen de transición, ya que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, había acreditado más de mil semanas y cuenta con 1.118 semanas cotizadas como trabajador de empresa privada; sin embargo, que COLPENSIONES le ha negado la pensión de vejez mediante diversos pronunciamientos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que los actos administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustados en derecho, pues se tomaron factores de edad y semanas cotizadas que no lo ubican bajo los presupuestos legales del Decreto 758 de 1990 junto con las demás normas concordantes en la materia, en razón a que no acredita 750 semanas con anterioridad al 25 de julio de 2005 conforme al Acto Legislativo 01 de 2005.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho y cobro de lo debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, genérica, buena fe.

[1] Fs. 1-21 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 1-6 Archivo 10 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de febrero de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho; absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, en síntesis, que el demandante no tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en la Ley 100 de 1993, ya que cumplió los 60 años de edad, el 12 de mayo de 2013, fecha en la cual tan solo había cotizado 1106 semanas, de las 1250 que se exigían para esa anualidad. Asimismo, que tampoco tenía derecho a la pensión con base en el Decreto 758 de 1990, en razón a que el régimen de transición se le terminó el 31 de julio de 2010, por no contar con 750 semanas a la entrada en vigencia del A. L. 01 de 2005, sin que sea posible acumular los tiempos laborados al servicio de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, ya que solo es posible devengar una pensión de jubilación del sector público y una pensión de vejez, cuando la segunda se ha causado con cotizaciones realizadas en el sector privado, de ahí que esos tiempos son incompatibles para causar la pensión de vejez, por lo que, lo que corresponde, es que el demandante siga cotizando hasta completar las semanas necesarias para tener derecho a la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, expuso que el Juez manifestó que el actor perdió el régimen de transición por no cotizar 750 semanas antes del 2010, pero olvidó revisar las semanas cotizadas entre 1980 y 1991, las cuales son compatibles para acceder a la pensión de vejez, ya que nada tiene que ver que una sea la cotización al sector público y otra la realizada al ISS hoy COLPENSIONES, como lo ha indicado la CSJ en la Sentencia SL6718-2016, jurisprudencia que es aplicable a este asunto, por tratarse de casos muy parecidos. Agregó, que de acuerdo al material probatorio, el demandante tiene derecho a la pensión de vejez por ser compatible con la pensión sanción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, el determinar; primero, si el demandante tiene o no derecho a la pensión de vejez que reclama y; segundo, si esa pensión de vejez es compatible con la pensión sanción que devenga.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor **JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN** nació el 12 de mayo de 1953 (f. 25 Archivo 01 ED); **2.** Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció al demandante una pensión proporcional de jubilación (pensión sanción) a través de Resolución No. 345 del 24 de febrero de 2014, a partir del 12 de mayo de 2013, por los servicios prestados a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA entre 6 de octubre de 1980 y 29 de noviembre de 1991, con base en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 (fs. 66-75 Archivo 01 ED); **3.** Que el actor presentó reclamación administrativa de la pensión de vejez, el 7 de mayo de 2014, la cual le fue negada por COLPENSIONES mediante Resolución GNR 228798 del 19 de junio de 2014

(fs. 84.85 Archivo 01 ED); **4.** Que COLPENSIONES confirmó la decisión de negar la pensión de vejez al actor a través de resoluciones GNR 331335 del 23 de septiembre de 2014 y VPB 17510 del 26 de febrero de 2015 (fs. 49-53 y 89-92 Archivo 01 ED); **5.** Que mediante resoluciones GNR 228470 del 3 de agosto de 2016 y SUB 111427 del 25 de abril de 2018, se le negó al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (fs. 33-37 y 39-47 Archivo 01 ED).

Para resolver los problemas jurídicos planteados, lo primero que se debe dejar sentado, es que en efecto, la pacifica línea jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, ha enseñado que la pensión sanción consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 resulta compatible con la pensión de vejez del SGSSP, en tanto el origen, objeto y financiación de cada una de estas prestaciones resulta ser distinto. Así lo reiteró el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en Sentencia SL3485-2022, en los siguientes términos:

> *"(…) Ello es así, en la medida en que esta Corte, de manera reiterada, ha sostenido que las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni reemplazadas por la de vejez que asumió el ISS conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador.*
>
> *Lo anterior, porque* ***la prestación restringida de jubilación tiene un carácter subjetivo, el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores, y sanciona al empleador que los despedía luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez*** *(CSJ SL496-2022). Así se explicó en el fallo CSJ SL4374-2020:*
>
> > *Así lo ha adoctrinado esta Corporación, entre otras razones porque esta prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.*
> >
> > *En efecto, la Sala en la sentencia SL 45545, 6 sep. 2011, reflexionó respecto al tema brindando unos argumentos que sirvieron de fundamento en las providencias SL818-2013, SL889-2013, SL16386-2014 y SL7659-2016, SL15025-2017 entre otras, allí así se enseñó:*

[…] Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007 radicado 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733 respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto a que ***la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador****. En esa oportunidad la Corte puntualizó:*

(...) debe advertirse desde ya que la razón está de lado del impugnante. Para el efecto, considera la Corte suficiente traer a colación el pronunciamiento vertido en la sentencia de casación del 12 de febrero de 2007, radicación 28733, en los siguientes términos:

"Con las anteriores precisiones, puntualiza la Corte que desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el Instituto de Seguros Sociales. Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación.

Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como pensión sanción, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 –lo cual solamente incidía para la edad del disfrute--, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo".
Ahora bien, resulta equivocado el argumento expuesto por la recurrente según el cual la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 viene a ser sustituida por la que, por el riesgo de vejez, asume el sistema de seguridad social, pues si esa hubiese sido la finalidad del legislador, no se habría previsto que una (art. 267 CST) y otra (art. 133 Ley 100/93) tuvieran regulación propia y supuestos disímiles para su consolidación.

De este modo, bajo la égida del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, los trabajadores que fueren despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como aquellos que se retiraren voluntariamente después de 15 años de servicios, continuos o discontinuos, tendrían derecho a recibir de sus empleadores una pensión especial, exigible a partir del momento en que cumplieran la edad señalada en dicha normativa, por no ser tal elemento un requisito estructurador de la pensión sino de exigibilidad, tal y como lo tiene

> *dicho la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9773-2017, SL5704- 2015, SL6446-2015, SL997-2015.*
>
> *Paralelamente, es oportuno recordar que la causación de la pensión restringida de jubilación puede estructurarse, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con la observancia del tiempo mínimo de servicios y de la causa del retiro conforme lo previsto en la Ley 171 de 1961. En tal sentido, en la sentencia SL-818-2013, la Sala adoctrinó:*
> *[…] Para resolver tal cuestionamiento basta recordar lo suficientemente explicado por la jurisprudencia de la Corte respecto de la asunción de riesgos por el I.S.S. y su incidencia en la aludida pensión proporcional de jubilación, en el sentido de que las pensiones previstas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta.*

Ahora, ***basta con apreciar que el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación se hizo teniendo en cuenta únicamente el periodo en que el trabajador estuvo vinculado a la EDIS, mientras que para la de vejez, contrario sensu, el ISS solo sumó los periodos que aparecen en su historia laboral*** *(f.° 152 a 158),* ***lo que en últimas demuestra que la fuente de financiación es distinta****."* (Negritas de la Sala).

De acuerdo con la jurisprudencia patria, la compatibilidad entre la pensión sanción regulada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y la pensión de vejez a cargo de las AFP surge en razón a que la primera se genera por la mera prestación del servicio en un tiempo determinado y propende por la estabilidad del trabajador en el empleo, mientras que la segunda nace de las cotizaciones efectuadas al SGSSP para cubrir el riesgo de vejez, es decir, lo determinante para establecer la compatibilidad es que la fuente de financiación de las prestaciones es distinta, ya que una está a cargo exclusivamente del empleador sancionado por haber despedido al trabajador, y la otra está a cargo de la AFP que ha administrado los aportes realizados por el afiliado, siendo ellos la fuente de financiación.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la pensión sanción no corresponde a las prestaciones subrogadas al otrora ISS con la entrada en vigencia del Decreto 3041 de 1966, ya que, se reitera, esa pensión no tiene por objeto cubrir el riesgo de vejez, sino proteger la estabilidad en el empleo, aspecto que también resulta ser un argumento para concluir su compatibilidad. Así mismo, vale resaltar

que la compartibilidad establecida en el Decreto 2879 de 1985, solo opera para las. "…*pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente…*", características que no corresponden a la pensión sanción, aunado que la obligación de seguir cotizando al sistema que surge para empleador que reconoce esas pensiones de jubilación, solo surge para aquellos que se encontraban inscritos en el ISS para la fecha de reconocimiento de la respectiva prestación.

Sentado lo anterior, necesariamente debe colegir la Sala que los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar, pues por un lado, de conformidad con la historia laboral expedida por COLPENSIONES, ha cotizado en toda su vida laboral un total 1144 semanas (Archivo 15 ED), las cuales son insuficientes para causar el derecho pensional conforme el requisito de densidad de semanas establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que en la actualidad el mínimo de cotizaciones es de 1300, y para el 12 de mayo de 2013, fecha en que el señor JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN MONDRAGÓN alcanzó los 60 años de edad, por haber nacido el mismo día y mes del año 1953 como se indicó al inicio de estas consideraciones, el número de semanas exigidas era de 1250.

Adicionalmente, si bien como lo expuso el A quo, el promotor de la acción en principio era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la entrada en vigor de esa norma contaba con 41 años de edad, tal beneficio se le extinguió el 31 de julio de 2010 por mandato expreso del A. L. 01 de 2005, como quiera que a la entrada en vigencia de esa adenda constitucional, que lo fue el 29 de julio de 2005, solo contaba con 704,29 semanas de las 750 exigidas para extender el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

AFILIADO	F/DESDE	F/HASTA	TOTAL
JOSÉ JAIRO MONDRAGÓN	10/09/1976	2/07/1980	1392
	28/07/1980	23/08/1980	27
	30/11/1994	31/12/1994	32
	1/02/1995	31/12/1995	330
	1/01/1996	31/12/1996	360

	1/01/1997	31/12/1997	360
	1/01/1998	31/12/1998	360
	1/01/1999	31/12/1999	360
	1/01/2000	31/12/2000	360
	1/01/2001	31/12/2001	360
	1/01/2002	31/07/2002	210
	1/09/2002	31/12/2002	120
	1/01/2003	28/02/2003	60
	1/11/2003	30/11/2003	30
	1/01/2004	31/12/2004	360
	1/01/2005	29/07/2005	209
TOTAL DIAS			**4930**
TOTAL SEMANAS			**704,29**

Hay que resaltar que no es posible, como lo pretende la recurrente, que se sume en el total de semanas cotizadas el tiempo laborado al servicio de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, pues con base en dicho periodo se reconoció la pensión sanción y, como se explicó en líneas que anteceden, uno de los presupuestos para que exista compatibilidad entre esa prestación y la pensión de vejez, es que cada pensión tenga una fuente de financiación distinta, aunando que en la Resolución No. 345 del 24 de febrero de 2014, no quedó establecida la obligación de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de continuar cotizando al SGSSP en favor del actor hasta tanto este alcanzara el derecho a la pensión de vejez, y ello es así, porque no se configuran los supuestos del Decreto 3041 de 1996, ni del Decreto 2879 de 1985, pero en todo caso, si en gracia de discusión se admitiera que el exempleador tenía la obligación de cotizar para subrogar el riesgo de vejez, lo que emergería de esa situación sería la compartibilidad entre ambas prestaciones y no la compatibilidad que alega la parte actora.

Finalmente, ha de indicarse que, contrario a lo argüido por la apoderada de la parte demandante, la Sentencia SL6718-2016 como corresponde a un precedente aplicable a este asunto, pues en esa oportunidad lo que analizó la Corte fue la compatibilidad entre una pensión de jubilación convencional a cargo de un empleador del sector privado y la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, no siendo esa la situación fáctica del sub lite.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Las Costas en esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 14 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2022-00151-01
DEMANDANTE:	FRANCISCO JAVIER VÁSQUEZ
DEMANDADO:	UNIVERSIDAD JORGE TADEO LOZANO
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 3 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Estabilidad laboral reforzada
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de atender el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FRANCISCO JAVIER VÁSQUEZ** contra **UNIVERSIDAD JORGE TADEO LOZANO**, con radicado No. **11001-31-05-031-2022-00151-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende que se deje sin efecto la terminación de su contrato de trabajo por no haberse solicitado la autorización al Ministerio del Trabajo; como consecuencia de ello, se ordene su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior jerarquía; se condene a la demandada al

[1] Fs. 1-16 Archivo 02 Expediente Digital

pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social dejados de percibir desde el momento de la desvinculación laboral hasta la fecha efectiva del reintegro. Subsidiariamente pide que se condene por concepto de indemnización por despido injusto, la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales, la sanción moratoria, la indexación y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que celebró con la demandada contrato de trabajo a término fijo, el 16 de agosto de 2011; que en el año 2012 fue diagnosticado con un tumor maligno de la lengua, por lo que inició tratamiento de quimioterapia y radioterapia, situación que puso en conocimiento del empleador y aportó las incapacidades otorgadas por el médico tratante; que a pesar de su enfermedad cumplió a cabalidad con sus obligaciones y deberes laborales, obteniendo evaluaciones cercanas al 100 %; que el 13 de julio de 2017 se le informó que su contrato terminaría el 15 de agosto de 2017; que el contrato fue terminado sin la autorización del Ministerio del Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La pasiva se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que si bien conoció del diagnóstico del actor, frente a esa afectación en su salud, en el mismo año 2012 se le practicó una cirugía y se le proporcionó el tratamiento del caso, sin que la entidad fuera informada que dicha condición se extendiera más allá de tal anualidad. Además, que no estaba en la obligación de solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para finalizar el contrato, en razón a que el demandante no se encontraba incapacitado, ni en estado de debilidad manifiesta.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho reclamado, buena fe, pago, prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de noviembre de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 16 de agosto de 2011 al 15 de agosto de 2017;

[2] Fs. 14-39 Archivo 09 Expediente Digital

absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, el A quo señaló, previa mención de que estaba plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre las partes y de hacer alusión a los presupuestos legales y jurisprudenciales para declarar la estabilidad laboral reforzada, que el demandante no cumple con dichos presupuestos, pues la patología (carcinoma) se le diagnosticó en el año 2012 y en esa misma calenda se le emitieron incapacidades, pero no existe prueba de que para el año 2017, en el cual se terminó el contrato de trabajo, estuviera incapacitado o con algún tipo de restricción para laborar. Agregó, que el contrato había terminado por una causal objetiva, como lo era la finalización del plazo fijo pactado, por lo que no procedía la indemnización por despido injusto y tampoco las prestaciones sociales, en razón a que el actor devengaba un salario integral pactado en el contrato de trabajo, el cual era superior a diez SMMLV más el 30 % del factor prestacional.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,*

determinar, si el demandante es objeto de la estabilidad laboral de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, en consecuencia, si tiene derecho al reintegro que reclama con el pagos de las respectivas acreencias. En caso de que la pretensión principal no prospere, como segundo problema jurídico, la Sala analizará si el demandante tiene derecho a la indemnización por despido injusto, a la reliquidación de prestaciones sociales y la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

CONSIDERACIONES

No es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo de un año, el 16 de agosto de 2011 (fs. 41-42 Archivo 09 Expediente Digital); **2.** Que el 13 de julio de 2017, el demandante recibió preaviso de que su contrato terminaría el 15 de agosto de 2017 y no sería prorrogado (f. 45 Archivo 09).

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, hay que señalar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, delimita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido que tiene que ser autorizado por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario la terminación no produce ningún efecto.

Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C–531 de 2000, al manifestar que el ámbito laboral constituye un objetivo específico para el cumplimiento de los propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas; de ahí que el elemento prioritario de dicha protección lo constituya la ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso a bienes y servicios para su subsistencia y la de su familia, y en la parte resolutiva de la sentencia dispuso que, "…*carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato*".

La aplicación de la protección, sin embargo, supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el principio de buena fe, una de las cuales es que el empleador conozca o deba conocer el estado de discapacidad del trabajador en el momento de terminar la relación de trabajo, pues si la ignora no puede alegarse que

se violó el citado fuero o que se vulneró la protección laboral reforzada, por cuanto no puede perderse de vista que una de las exigencias normativas establecidas en el citado artículo 26 es que la terminación del contrato se produzca por razón de la limitación, lo que presupone el conocimiento previo por parte del empleador, así como el reconocimiento de la deficiencia física y/o mental alegada.

Al respecto, se observa que el artículo 1° del Convenio 159 de la OIT, citado en el fallo de la Corte Constitucional ya referido, estatuye: "*A los efectos del presente Convenio, se entiende por "persona inválida" toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida*."

Dentro del ordenamiento jurídico interno, el artículo 2º de la Ley 1618 de 2013 define a las personas con y/o en situación de discapacidad como, "*Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*."

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterada entre otras en sentencia SL3846 de 2021, señala que no es cualquier limitación o discapacidad la que es objeto de protección por parte de la Ley 361 de 1997, sino que solo son sujetos de estabilidad laboral reforzada quienes padecen limitaciones superiores al 15%, es decir, limitaciones moderadas, severas y profundas de conformidad con el artículo 5º de la Ley antes señalada. También ha dicho esta Corporación, entre otras, en la Sentencia SL1360 de 2018, que la autorización del Ministerio del Trabajo se impone cuando la discapacidad del trabajador sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio, caso en el cual el funcionario del ente Ministerial debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.

Adicionalmente, la Sala Laboral de la CSJ ha decantado que en principio, para acreditar la condición generadora de la protección prevista en la Ley 361 de1997, si

bien preferiblemente debe acudirse a una calificación técnica que describa el nivel de la limitación padecida por el trabajador, en virtud de los principios de libertad probatoria y de libre formación del convencimiento, si no se cuenta con aquella, tal limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, y esté precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, su grave estado de salud o la severidad de la lesión que inciden en la realización de su trabajo (CSJ SL1735 de 2021).

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T–519 de 2003, consideró que no es suficiente la presencia de una discapacidad en el trabajador que el empleador decide desvincular, sino que para que prospere la protección de la estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar que la desvinculación laboral se debió a la condición particular del trabajador, es decir, debe estar plenamente demostrado el nexo causal entre la discapacidad o condición de debilidad manifiesta del trabajador y la desvinculación laboral.

Posteriormente, a través de la sentencia SU-049 de 2017, señaló la Corte que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es predicable frente a quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Señala textualmente la providencia en mención, "*Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les "impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares", toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho*.".

Conforme lo expuesto por la Corte Constitucional y la Sala Laboral de CSJ, no es cualquier afectación a la salud del trabajador la que lo ubica en un estado de

debilidad manifiesta y, por tanto, beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, sino que dicha estabilidad es pregonable cuando la patología que padece es notoria, evidente y perceptible y, además, le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.

En esos términos, tenemos que son cuatro los presupuestos para que un trabajador goce de la estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997: **I)** debe padecer una limitación de salud, ya sea física o mental; **II)** dicha limitación de salud debe ser notoria, evidente y perceptible y, además, impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares; **III)** el empleador debe conocer el estado del salud del trabajador y; **IV)** la terminación del contrato de trabajo debe darse con ocasión y causa de esa limitación a la salud, es decir, debe existir nexo causal entre la afectación de salud del trabajador y la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo.

En el caso bajo estudio, no encuentra margen de duda el hecho de que el demandante presentó una patología, pues según se desprende del historial clínico que aportó al proceso, en agosto de 2012 fue diagnosticado con carcinoma de amígdala *"TUMOR MALIGNO DEL COLON*", motivo por el cual se le practicó el procedimiento quirúrgico denominado "*Laringoscopia directa y biopsia de amígdala izquierda biopsia ganglionar abierta con anestesia general, extirpación biopsia de amígdala izquierda"* y un clico de tratamiento de quimioterapia (fs. 25-31 Archivo 02 Expediente Digital), por lo cual estuvo incapacitado del 28 de agosto de 2012 hasta el 6 de diciembre de ese mismo año, de acuerdo con las incapacidades que también aportó la parte actora (fs. 44-49 Archivo 02 Expediente Digital).

No obstante, debe señalar este Cuerpo Colegiado que, para el 15 de agosto de 2017, fecha de terminación del contrato de trabajo, en cabeza del demandante no se configuran los presupuestos para considéralo beneficiario de la estabilidad laboral reforzada que pregona, en razón a que no existen elementos de juicio que permitan colegir que la patología que le fue diagnosticada le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, ya que no se encontraba incapacitado para esa calenda, pues la última incapacidad otorgada data del 28 de noviembre de 2012 por un lapso de 6 días.

Adicionalmente, el promotor de la acción nunca fue objeto de restricciones o recomendaciones médico-laborales como consecuencia de su patología, ya que

estas no se observan en el plenario, aspecto que es ratificado con lo expuesto en los hechos 6.7 y 6.8 de la demanda, en los que se expone que a pesar de su diagnóstico, siempre cumplió a cabalidad con los deberes y obligaciones propios del cargo desempeñado y que incluso obtuvo calificaciones de desempeño cercanas al 100 % (f. 4 Archivo 02 Expediente Digital).

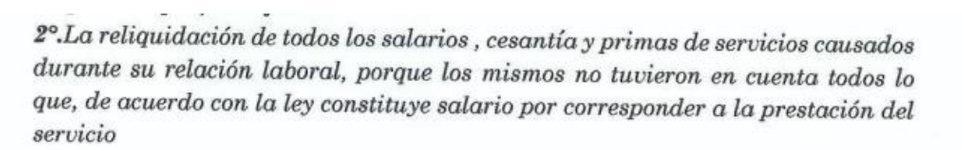
No existe prueba en el plenario que dé cuenta que después del año 2012, el señor FRANCISCO JAVIER VÁSQUEZ visitó el servicio médico como consecuencia de su diagnóstico o que hubiese sido incapacitado por ese motivo, por lo cual es pertinente señalar que, conforme los presupuestos normativos y jurisprudenciales referidos en líneas precedentes, la estabilidad laboral reforzada no opera automáticamente porque el trabajador tenga una patología y que el empleador conozca de esta, aspectos indiscutidos en este asunto, sino que, además de ello, resulta un presupuesto sine qua non para que gozar del denominado fuero de salud, que la enfermedad que padece el trabajador sea notoria, evidente y perceptible y, además, impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares, presupuesto que no se configura en el caso bajo estudio.

En síntesis, los elementos de juicio con que cuenta el plenario llevan a concluir que el diagnóstico de carcinoma no le impedía, ni dificultaba al promotor de la acción, más allá del periodo en que estuvo incapacitado, que fue poco más de cinco años antes de terminarse el contrato de trabajo, el desempeño de sus labores en condiciones regulares, lo cual se reitera, es un presupuesto indispensable para que opere la protección de la estabilidad laboral reforzada, ya que lo que protege el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la imposibilidad de reinserción al mercado laboral de las personas que como consecuencia de una discapacidad, no pueden ejecutar en debida forma una actividad laboral, impedimento que no se presenta, si el trabajador puede realizar las labores para las cuales está capacitado en óptimas condiciones a pesar de tener algún padecimiento de salud, en razón a que la estabilidad laboral no se predica del trabajador enfermo en términos generales, sino del trabajador que, como consecuencia de su enfermedad, no puede desarrollar sus labores en condiciones normales.

Ahora, en lo que respecta a la indemnización por despido injusto que subsidiariamente reclamada la parte demandante, como se dejó sentado en líneas que anteceden, las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, el 16 de agosto de 2011 (fs. 41-42 Archivo 09 Expediente Digital), y la demandada, el 13 de

julio de 2017, notificó al trabajador el preaviso de que su contrato terminaría el 15 de agosto de 2017, es decir, con una antelación superior a los 30 días a los que se refiere el artículo 46 del C.S.T., por lo cual, en este caso, no se presentó un despido, sino una de la formas de terminar el contrato de trabajo señaladas en el artículo 61 del mismo compendio normativo, como lo es la expiración del plazo fijo pactado, siendo esa una causal objetiva de terminación del vínculo, tal como lo coligió la operadora judicial de primer grado, por lo cual no existe derecho al pago de la indemnización tarifada en el artículo 64 ibídem.

En lo que respecta a las prestaciones sociales, la Sala debe hacer una precisión, que la Juez de instancia analizó este punto como si la parte actora pretendiera el pago completo de tales conceptos, y consideró que no existía tal derecho, en razón a que el señor FRANCISCO JAVIER VÁSQUEZ devengaba un salario integral pactado en el contrato de trabajo que era superior a diez SMMLV más el 30 % del factor prestacional. Sin embargo, el promotor de la acción no pretende el pago de las prestaciones, sino como se desprende de la pretensión condenatoria subsidiaria No. 2, es la reliquidación de las mismas (f. 3 Archivo 02 Expediente Digital)


2°.La reliquidación de todos los salarios , cesantía y primas de servicios causados durante su relación laboral, porque los mismos no tuvieron en cuenta todos lo que, de acuerdo con la ley constituye salario por corresponder a la prestación del servicio

En los términos precisos de la petición, ha de señalarse que la misma no tiene vocación de prosperidad, como quiera que en los hechos de la demanda no se hace la más mínima mención respecto que conceptos no fueron tenidos en cuenta por el empleador para el cálculo de las prestaciones sociales y que, de acuerdo con la ley, debieron incluirse en la liquidación, motivo por el cual, la Sala no cuenta con los elementos de juicio para determinar que los pagos recibidos por el promotor de la acción fueron inferiores a los que legalmente le correspondían.

Finalmente, como quiera que la pretensión de la sanción moratoria dependía de la prosperidad de la condena por concepto de prestaciones sociales, también ha de confirmarse la decisión absolutoria de primera instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Sin Costas en esta instancia por conocerse en Consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

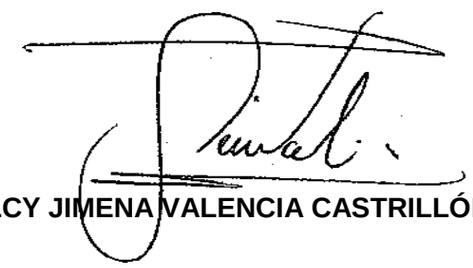
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2022-00046-01
DEMANDANTE:	CÉSAR AUGUSTO REDRÍGUEZ ARIAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 20 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	MODIFICA Y ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 20 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ ARIAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-031-2022-00046-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad del traslado al RAIS que realizó a través de la AFP Porvenir S.A., por incumplimiento de los deberes legales de información, e igualmente, que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de ello, condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidas las comisiones y los rendimientos a que hubiere lugar; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensiones; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al ISS, el 31 de julio de 1.992, aportando un total de 168 semanas. Que a partir del 1º de septiembre de 2005 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin que sus asesores le informaran que el valor de la mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones; además, se le indicó que no se pensionaría ante la liquidación del ISS, contrario a lo que sucedería en el fondo de pensiones, donde recibiría una pensión mayor, a una menor edad. Que no le asesoraron sobre las desventajas del RAIS, ni que podía regresar al RPM hasta antes de cumplir 52 años.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la AFP Porvenir es nula, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales

[1] Archivo 02 del expediente digital.
[2] Páginas 2 a 18 archivo 12 del expediente digital.

para su existencia y que no infringe la norma, de manera que no es procedente acceder a la pretensión de nulidad perseguida por la activa, ni el regreso automático al RPM.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 de orden público, buena fe y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas y como argumentos de defensa, manifestó que el demandante se afilió de manera libre, espontánea y completamente informado, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente, aunado a que no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o la nulidad de la afiliación, o la presunta falta en el deber de información, razón por la cual se encuentra válidamente vinculado al RAIS.

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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS, teniéndolo como válidamente afiliado al RPM, como si nunca se hubiese trasladado; en consecuencia, condenó a

[3] Páginas 1 a 27 archivo 14 del expediente digital.

Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes del demandante, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros entre otros; condenó en costas a Porvenir S.A., sin costas a Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que con el formulario de afiliación suscrito por la parte activa ante Horizonte hoy Porvenir S.A. aparentemente se cumplen las exigencias legales para el traslado, sin embargo, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que a la parte actora no le asiste el derecho de regresar al RPM porque se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión. Añadió que en su interrogatorio de parte no se evidencian vicios del consentimiento para declarar la nulidad del traslado, o no se pueden constatar elementos que presten mérito para establecer que no se dio cumplimiento al deber de información exigido para la época. Añadió que de acuerdo al tiempo de vinculación del actor al RAIS, existe una señal clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema, con todo lo que ello implica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ ARIAS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de

septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar**

al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en***

tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)" (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 49 archivo 14 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar

documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor fue claro al manifestar que estando en su lugar de trabajo fue visitado por unos asesores de Horizonte, quienes le manifestaron que el ISS se iba a acabar y que el dinero que estaba cotizando se iba a perder, además, que en el fondo privado se pensionaba con menos semanas de cotización y que el valor de la mesada sería mayor. Precisó que no recuerda haber recibido información sobre los rendimientos financieros y que no ha recibido carta de re asesoría por parte de Porvenir S.A. (Min. 04:15 – 23:13 archivo de audio y video 29 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia del mismo, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante; sin embargo, como quiera que el Juzgado de Conocimiento declaró la nulidad del traslado y no la ineficacia de dicho acto, lo cual era lo procedente, como se indicó al inicio de esta decisión, la Sala habrá de modificar la decisión sobre ese puntual aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente

en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y seguros previsionales; no obstante, a pesar de que la Juez indicó que la AFP del RAIS debía trasladar al RPM cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, tal como se dejó sentado desde la parte introductoria de esta providencia.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además

de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada y adicionada, se reitera, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surtió a favor de **COLPENSIONES** en lo que no fue objeto de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia del 20 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido **DECLARAR l**a ineficacia del traslado de

régimen que realizó el demandante del RPM al RAIS, teniéndolo como válidamente afiliado al RPM administrado por **COLPENSIONES**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

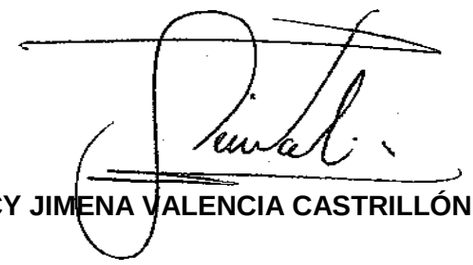
SEGUNDO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 20 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión descontando al convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia cargo de **COLPENSIONES** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN





ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2022-00105-01
DEMANDANTE:	GLORIA AMPARO BENAVIDES.
DEMANDADO:	PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 8 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. en contra de la sentencia del 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GLORIA AMPARO BENAVIDES** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-031-2022-00105-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende que se condene a la AFP al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre de

[1] Páginas 1 a 4 Archivo 02 Expediente Digital

Jorge Vladimir Andrés Zárate Benavides (Q.E.P.D.), junto con el retroactivo pensional, la indexación y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que es madre del causante, quien falleció el 25 de octubre de 2020, de quien dependía económicamente; que el *de cujus* trabajó para la empresa Sitel desde el 26 de septiembre de 2019 hasta el 25 de octubre de 2020, en el cargo de Agente; que actualmente cuenta con 75 años, no es pensionada y no cuenta con el apoyo de otros familiares. Finalmente, sostiene que solicitó la pensión de sobrevivientes ante la demandada, la cual le fue negada por no acreditar la dependencia económica respecto de su hijo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la actora no dependía económicamente del afiliado fallecido, pues a la fecha del deceso trabajaba como independiente en su oficio de costurera y cotiza al sistema de salud desde el año 1996, además, conforme a la investigación administrativa llevada a cabo, se pudo determinar que la demandante tiene bienes a su nombre, genera ingresos por arriendo y su hija Erika cubre algunos gastos personales.

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 8 de noviembre de 2022, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su hijo Jorge Andrés Zárate Benavides, a partir del 25 de octubre de 2020, en cuantía de un SMMLV; condenó a la AFP a pagar la suma de $25.590.539 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 25 de octubre de 2020 y el 30 de noviembre de 2022, el cual debe ser reconocido debidamente indexado a la fecha en que se realice el pago total de la obligación y, condenó en costas a la demandada.

[2] Páginas 2 a 10 Archivo 10 Expediente Digital

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que conforme a la fecha de fallecimiento del causante, la norma aplicable corresponde a la Ley 797 de 2003, a la luz de la cual dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en razón a que aportó 87 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso. Asimismo, que, contrario a la esbozado por el apoderado de la pasiva, el informe técnico que se allegó al proceso refiere como conclusión que se acreditó la dependencia económica de la demandante de manera parcial respecto de su hijo fallecido, pese a que se hace referencia a un local que estaba para arrendar, cuando se efectuó la investigación y que la activa trabajaba en costura. Añadió que del dicho de los testigos es claro que no existía autosuficiencia de la demandante, sino que por el contrario, esta dependía económicamente de su hijo, pues su colaboración era tan importante que, ahorraba para pagar los impuestos, ayudaba en la remodelación de la casa, así como en el pago del mercado y de los servicios. Así concluyó que si bien, no se acreditó una dependencia económica total y absoluta, sí existió una dependencia importante de la madre respecto del hijo que es coincidente con la definida por la Corte Constitucional en la sentencia C- 111 de 2006, así como por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que para el reconocimiento de la prestación reclamada es clara la norma al exigir la dependencia económica del padre respecto del hijo, la cual se constata con los gastos que se encuentren demostrados en el proceso, mismos que en el caso particular no están acreditados, porque los testigos no expresaron lo que el Despacho refiere que manifestaron, pues aunque sí indicaron que el causante apoyaba a su madre, nunca fueron claros en advertir cómo, cuándo y en qué forma tuvo lugar esa ayuda. Añadió que no puede ser tomado el dicho de la demandante, pues como parte interesada, ella debió demostrar sus manifestaciones en el transcurso del proceso.

Dijo que tampoco está evidenciado en *el sub judice* que el causante devengara como salario una suma superior al mínimo legal mensual vigente, e incluso dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, toda vez que en el último año su asignación realmente osciló entre $1.000.000 y $1.200.000, lo cual debía invertir en su propia manutención que incluía gastos de educación, no mencionados por la señora Juez, pese a que ello fue referido por los testigos, sumado a que se

encargaba de la manutención de sus animales, por manera que era poca la contribución que podía realizar a favor de su madre, la cual no va más del propio sostenimiento del causante. Añadió que la falladora de primer grado ignoró que la parte activa en la investigación administrativa claramente advirtió que percibía ingresos a través de su oficio como costurera, cuyo monto se negó a especificar en ese momento, y en el presente proceso, porque no le convenía dar fe de ello.

Resaltó que el informe administrativo concluyó que la activa dependía de manera parcial de su hijo, porque recibía ingresos propios, por arriendos y a través de una hija, lo cual no constituye la dependencia económica que refiere la regla jurisprudencial. Acotó que la demandante admitió en su interrogatorio la ayuda brindada por la hija, misma que también fue referida por algunos de los testimonios arrimados al proceso, y que conforme al informe técnico, ascendía a la suma de $500.000 mensuales, el cual debió ser valorado de manera integral por el *a quo*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo Jorge Vladimir Andrés Zarate Benavides (Q.E.P.D.).

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisarse que, en atención a los reparos esgrimidos por la pasiva en contra de la sentencia de primera

instancia, no es objeto de controversia en esta instancia judicial el hecho de que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por lo que el punto de análisis, tal como se dejó establecido en el planteamiento del problema jurídico, consiste en establecer si la promotora de la acción acreditó los requisitos de ley para ser beneficiaria de la prestación económica deprecada.

En virtud del efecto general inmediato de la ley laboral, la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, Jorge Vladimir Andrés Zarate Benavides (Q.E.P.D.), que lo fue el 29 de octubre de 2020, según se extrae del registro civil de defunción (página 15 Archivo 02 ED). En ese sentido, la disposición legal que se adapta al estudio de lo debatido, es el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que, respecto a los beneficiarios del causante, dispone en su literal **d),** que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, **serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los padres del causante <u>si dependían económicamente de este</u>.**

Esgrimido lo anterior, lo primero que debe anotar la Colegiatura es que no existe discusión en torno al parentesco de consanguinidad en primer grado, existente entre la reclamante de la prestación y el afiliado fallecido, pues el mismo se constata del registro civil de nacimiento (Página 14 Archivo 02 ED).

Ahora, en lo atinente a la dependencia económica de los padres, ha interpretado la jurisprudencia especializada laboral, que esta no debe ser total o absoluta, indicando que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, con la condición de que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL6390-2016).

También ha reiterado la Sala de Casación Laboral, que el criterio de la subordinación económica parcial relacionado con el auxilio otorgado por el afiliado a sus progenitores que da lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, debe ser cierto, periódico o constante y significativo, de manera que, ante la muerte del afiliado, se pongan en riesgo sus condiciones de vida digna (CSJ SL3797-2022).

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala comparte lo considerado por la A quo en relación con la acreditación del requisito de la dependencia

económica de la demandante respecto del afiliado fallecido, pues los medios de prueba practicados enseñan que el causante brindaba un aporte económico a su progenitora cierto, periódico o constante y significativo, lo cual se evidencia tanto de la prueba documental, como de las declaraciones recaudadas en el proceso.

Así, nótese que el testigo Michel Díaz Rodríguez, quien refirió conocer al causante desde el año 1.995, por cuanto fueron compañeros del colegio y amigos, manifestó que el afiliado fallecido trabajó en sus últimos meses de vida en un call center, de cuyos ingresos ayudaba a su madre con el pago de servicios, impuestos, arreglos locativos de su casa, servicios médicos de la demandante y alimentación. Igualmente, precisó que el causante también contribuyó para los arreglos que requerían el local ubicado en la casa de su madre (min 30:02- 41:30 archivo de audio 21 del ED). En igual sentido, la señora Elsa Chaparro Díaz, quien conoció al causante por ser compañero de colegio de su hija y mantener una amistad con la demandante, indicó que el señor Vladimir Andrés Zarate, trabajó sacando perritos y estudió en las noches, acotando que el causante era la persona que contribuía con los gastos de su madre (min 42:00- 50:44 archivo de audio 21 del ED).

Por su parte, Hermencia Barrios, refirió que conoció al señor Vladimir Zárate porque la casa de su madre queda ubicada al lado de la residencia de la actora, además porque su hijo compartía con el causante. Añadió que entre los años 2019 y 2020 el señor Zarate convivía con su madre, y conoce que se dedicaba a pasear perritos, precisando que a mediados de 2020, este trabajaba desde su casa en un call center, cuyos ingresos los destinaba a todos los gastos del hogar, lo cual se lo dijo él mismo cuando le encomendó el cuidado de sus perritos, pidiéndole que no le cobrara mucho dinero por ello. Adujo que no le consta que la demandante trabajara, ni tampoco tiene información respecto del local que se encuentra ubicado en su casa (min 51:49- 01:00:00 archivo de audio 21 del ED).

Así las cosas, si bien las declarantes Elsa Chaparro y Hermencia Barrios, refirieron de manera genérica que el causante contribuía con los gastos del hogar conformado por él y su madre, lo cierto es que el testigo Michel Díaz si fue claro en advertir que el señor Vladimir Andrés Zárate, asumía los gastos relacionados con servicios, alimentación, arreglos locativos de su casa y del local anexo a esta, e incluso se encargaba del pago de impuestos, para lo cual ahorraba; de suerte que de tales manifestaciones, resulta evidente para la Sala de Decisión que la contribución del afiliado fallecido al hogar de la demandante, era muy significativa y

periódica, pues es bien sabido que en tratándose de gastos de alimentación y servicios públicos, los mismos deben asumirse por lo menos de manera mensual.

Por tanto, resulta irrelevante que ningún declarante haya indicado con precisión el valor de los gastos de manutención de la actora y la cantidad invertida por su hijo fallecido, porque al asumir el causante rubros que son frecuentes, es claro que su apoyo económico para con su madre era de gran importancia, lo cual se compagina con los ingresos del señor Zarate (QEPD), como quiera que conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones que allegó la propia administradora de fondos de pensiones demandada, visible en las páginas 50 a 52 del Archivo 10 del expediente digital, el causante presentó ingresos durante su último año de vida que variaron entre $1.000.000 y $1.800.000, de manera que bien pudo asumir algunos gastos de manutención de su madre, pese a tener a su cargo sus mascotas y sus estudios.

Aunado a ello, no puede pasar por alto la AFP accionada, que el informe de investigación obrante en el Archivo 14 del expediente digital, de manera diáfana concluye que *"**SI SE ACREDITÓ** el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por **Gloria Amparo Benavidez**, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que la señora Gloria Amparo Benavides dependió económicamente de manera parcial de su hijo Jorge Vladimir Andrés Zarate Benavides, ya que la solicitante también recibía ingresos por arreglos de costura y por el alquiler de un local con los cuales ayudaba con los gastos del hogar, situación que se dio hasta el día 25 de octubre del año 2020, fecha de fallecimiento del causante".*

En ese orden, de la investigación efectuada por la propia entidad accionada, es claro que la demandante aunque percibía ingresos de un local y de su actividad de costurera, los mismos no eran tales para catalogarla como autosuficiente, porque la propia firma investigadora advirtió que la activa dependía económicamente de manera parcial de su hijo y que con sus ingresos contribuía al sostenimiento del hogar.

Ahora bien, no desconoce la Sala que en la entrevista realizada a la demandante durante la mentada investigación, esta afirmó que su hijo asumía los gastos de servicios públicos, impuesto, alimentación, aseo, recreación créditos, y que los demás gastos se pagaban con canon del local cuando estuviere arrendado, así como con ingresos obtenidos a través de trabajos de costura, percibiendo

adicionalmente $500.000 de su hija Érica para el pago de Emermédica, lo cual fue ratificado en el interrogatorio de parte rendido por la señora Benavides, cuando advirtió que entre los años 2019 y 2020 percibía renta de un local por valor mensual de $800.000 y que su hija le ayudaba solo con gastos de salud (min. 04:47- 29:22 archivo de audio 21 del ED).

No obstante, ha de advertir el Tribunal que aunque la demandante percibía ingresos a su favor, ya fuere de su trabajo, de sus bienes o de su otra hija, ello de ninguna manera desdice su calidad de beneficiaria del causante en condición de madre, porque conforme a la regla jurisprudencial definida tanto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como por la Corte Constitucional, la dependencia económica parcial de los padres no implica que estos no puedan tener ingresos, sino que los mismos no sean suficientes para su congrua subsistencia, lo cual ocurre en el *sub judice*, pues aun cuando la activa recibió sus propios recursos, no existe evidencia que los mismos le propiciaran una independencia económica, por el contrario, lo que emana de las pruebas legalmente recaudadas, es que sí existía una subordinación de la actora en relación con su hijo, conforme a lo gastos que éste tenía a su cargo.

Lo anterior, emana de la prueba testimonial y de la información recaudada en la investigación administrativa, pues nótese que en desarrollo de este trámite, también se recaudaron las entrevistas de la hija Érika Constanza Zárate Benavides y de los vecinos Henry Alexander Aponte y Jennifer Rivera, quienes fueron claros en manifestar que era el causante quien brindaba el apoyo económico a la señora Gloria Amparo Benavides (Páginas 6 a 17 Archivo 14 del ED).

En ese orden, analizados los medios de prueba que obran en el plenario bajo las reglas de la sana critica, resultan coincidentes las declaraciones rendidas en el proceso y las entrevistas que se realizaron durante la investigación administrativa que adelantó la AFP, misma que se *itera*, concluyó la dependencia económica parcial del extremo activo en relación con su hijo, por manera que no comprende la Colegiatura las razones por las cuales la accionada en sede administrativa se negó a reconocer la prestación de sobrevivientes reclamada por la convocante, pues con la sola investigación, la pasiva contaba con un elemento de convicción que diera fe de esa dependencia en los términos que exige la jurisprudencia referida en líneas que anteceden.

Puestas así las cosas, se encuentra demostrado el requisito de dependencia económica exigido por el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, como así lo definió el Juzgado de primer grado y como quiera que no existe ningún reproche sobre las condenas impuestas, estas no serán objeto de revisión.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2022-00122-01
DEMANDANTE:	ÉDGAR BAUTISTA CASTILLO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 8 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÉDGAR BAUTISTA CASTILLO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-031-2022-00122-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia inexistencia del traslado efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Protección, por cuanto no existió una decisión informada; como consecuencia de ello, se condene a Protección S.A. a trasladar todos los aportes, bonos pensionales y sumas adicionales, junto con sus rendimientos, al RPM administrado por Colpensiones, así como a trasladar todos los detalles sobre aportes e información pensional a esta última entidad; se condene a Colpensiones a activar su afiliación y recibir la totalidad de sus aportes, los cuales deberá aplicar a los períodos respectivos de su historia laboral; condenar a las demandas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 26 de diciembre de 1962, motivo por el cual actualmente cuenta con 59 años. Que se afilio al ISS donde cotizó 861,57 semanas. Que en el mes de marzo de 2002 se afilió a la AFP Protección S.A., sin recibir asesoría legal, oportuna y cierta, pues únicamente se le informó que en el fondo privado iba a obtener una pensión de mayor valor y se pensionaría de manera anticipada. Que el asesor de Protección omitió exponerle las ventajas y desventajas derivabas de la decisión de su traslado y dejó de lado la explicación sobre las características y diferencias de cada uno de los regímenes pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la parte demandante no probó causal alguna de nulidad de su afiliación a la AFP Protección, misma que cumple con los presupuestos legales para su existencia, de manera que no proceden las pretensiones invocadas, y mucho menos el regreso automático del actor al RPM.

[1] Archivo 02 Expediente Digital
[2] Páginas 2 a 25 Archivo 20 del expediente digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 o genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.[3]

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que el actor suscribió el formulario de afiliación en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta manera su afiliación, y es por ello que el acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones, en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Dijo que la manifestación de voluntad de la activa estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 8 de noviembre de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones del demandante y condenó en costas a la parte actora.

[3] Páginas 3 a 38 archivo 12 del expediente digital.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que con el formulario de traslado y la re asesoría pensional realizada al extremo activo, se acredita el requisito del artículo 12 del Decreto 720 de 1994, esto es, la obligación de suministrar amplia, oportuna y suficiente información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación, pues se le brindó la debida asesoría, tanto a la data del traslado, como durante su vinculación a través de la re asesoría, la cual tuvo lugar antes de que se encontrara inmerso en la restricción de que trata la Ley 797 de 2003.

Dijo además que, conforme al interrogatorio de parte rendido por el accionante, es claro que el asesor de Protección desde el momento mismo del traslado, le dio la asesoría básica necesaria para conocer las diferencias existentes entre ambos regímenes pensionales, pues se le dijo que en el RAIS tendría una cuenta de ahorro individual, en donde se depositaría su dinero, el cual generaría unos intereses para su futura pensión, misma que podría incrementarse conforme a lo que fuera ahorrando, además, que para la época, la edad de pensión era de 60 años y que sus aportes del ISS se trasladarían para que hiciera parte de su ahorro, el que podría permitirle una pensión anticipada si este era suficiente, sumando a ello que en el régimen público existía una bolsa común, de la cual se pagan las pensiones, siendo su inconformidad, el deterioro patrimonial de sus rendimientos, dado que se han ido disminuyendo. Concluyendo que las fluctuaciones en el mercado que afectaron negativamente al demandante, no son una razón atendible para acceder a las pretensiones de la demanda, como lo resaltó el Ministerio Público, pues es claro que la AFP demandada cumplió con la carga de acreditar el deber de información.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada argumentando que si bien la demandada Protección brindó información a la parte activa, lo cierto es que esa simple circunstancia no es suficiente para concluir que la asesoría se dio en debida forma, pues se le debieron indicar los riesgos del traslado de régimen pensional, lo cual no ocurrió en el presente caso; aunado a que no se hizo el debido acompañamiento durante la afiliación, porque el propio demandante indicó que se acercó a la AFP, y aun así la demandada nunca suministró respuestas a sus preguntas. Agregó que no es cierto que la información relacionada con la liquidación del ISS, como motivo importante para decidir el traslado de régimen pensional,

hiciera parte de una adecuada asesoría, dado que ello constituyó una presión psicológica para el futuro afiliado, al no tener opción distinta que pertenecer al RAIS.

Dijo que no se le habló del bono pensional, ni de las modalidades de pensión y, aunque se le mencionó la pensión anticipada, tampoco se le explicó cómo llegar a ella, pese a que se acercó a la AFP para que ello le fuera explicado, ya que simplemente se le refirió que no tenía derecho a ella. Resaltó que la demandada se limitó a hablar de los atractivos del RAIS, los cuales fueron magnificados de una manera irreflexiva, además, si bien efectuó una re asesoría, esta de ninguna manera sanea el incumplimiento del deber de información, porque el traslado del régimen pensional implicaba la pérdida de beneficios del régimen de transición y porque la oportunidad en el cumplimiento de ese deber, se juzga al momento de la celebración de tal acto y no con posterioridad, como así lo refirió la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Descongestión, mediante sentencia SL905-2022, entre otras.

Añadió que el formulario de afiliación y su anexo, no acredita que se haya acatado el deber de información necesario y transparente, acotando que su inconformidad no solo radica en el acto de traslado, sino en la asesoría brindada a la fecha en que el mismo tuvo lugar. Dijo que existe un error de hecho en la decisión de primer grado, porque el accionante desconocía la incidencia que el traslado podía tener frente a sus derechos prestacionales, además, no se podía dar por demostrado que recibió la información necesaria, por el simple hecho de suscribir el formulario de afiliación pre impreso y pre firmado, pues conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia los fondos privados deben acreditar un consentimiento informado, en cumplimiento de la carga probatoria que les compete.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por EDGAR BAUTISTA CASTILLO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario,

contrario a lo manifestado por la falladora de primer grado, no acreditó **PORTECCIÓN S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 10 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formulario de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad

cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, contrario a lo aducido por el *a quo*, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada en los términos expuestos, pues el demandante fue claro en indicar que el asesor de Protección para la data del traslado, le refirió que el otrora ISS se iba a acabar, en tanto no contaba con recursos, lo cual obviamente impediría garantizar a futuro las pensiones de sus afiliados, circunstancia que no le ocurriría en la nueva administradora de pensiones, en donde contaría con una cuenta de ahorro que le iba a generar intereses para consolidar el pago de su pensión. Dijo que también se le informó que podía pensionarse antes de cumplir la edad mínima de pensión, que para la época era de 60 años, ello de acuerdo al capital que ahorrara, pues los intereses incrementarían la base para la pensión. Añadió que el asesor de Protección le refirió como requisitos para adquirir la pensión en el RAIS, 1.300 semanas de cotización y 60 años, insistiendo en la posibilidad de una pensión anticipada, siempre que tenga los ahorros para ello, además, que los dineros que había cotizados al ISS serían traslados a su cuenta para que estos generaran intereses. Que sobre el ISS se le dijo que era una entidad del Estado que contaba con un fondo común soportado con los aportes de sus afiliados, los cuales se utilizaban para pagar las pensiones adquiridas. Que se acercó a la AFP para indagar sobre el tema de los intereses porque había observado que su cuenta estaba reportando un detrimento patrimonial ante su disminución, sin embargo, no recibió ninguna respuesta clara al respecto y que, en cuanto a los beneficiarios, le indicaron que, ante su muerte, estos podían continuar con las ventajas del RAIS (Min. 5:12-23:31 archivo de audio y video 030 ED).

Así las cosas, de la declaración rendida por el demandante no se advierte confesión alguna sobre la realización de la debida asesoría, porque aunque el

demandante reconoció que le hablaron sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, lo cual en gran medida dependería del capital ahorrado y los rendimientos que este reportara, lo cierto es que de su dicho no se evidencia el suministro de una información clara y completa, porque nada dijo en relación con la figura del bono pensional y su impacto en el reconocimiento de su pensión, ni la figura de los aportes voluntarios como característica propia del RAIS, tampoco le mencionaron los demás factores que influyen en la consolidación del derecho pensional, como la expectativa de vida y la conformación de su núcleo familiar, menos aún se le habló de la distribución y destinación de sus cotizaciones o, de las prestaciones que cubren las contingencias de invalidez y muerte. Aunado a que, erradamente se le advirtió que para pensionarse se requería un número de semanas y edad mínima, cuando lo cierto es que en el RAIS se requiere un capital mínimo, que en todo caso tampoco se le mencionó en la asesoría.

Por tanto, no puede esta Sala concluir, como erradamente lo hizo el Juzgado de Conocimiento, que la demandada Protección demostró el cumplimiento del deber de información ante el demandante, pues ello no emana del formulario de afiliación, y mucho menos de lo aceptado por este en su interrogatorio de parte, ya que por el contrario, se advierte de este último medio de convicción, que la asesoría brindada al actor a la data del traslado fue insuficiente, incompleta e impresa, lo cual no se subsanada con la re asesoría que le fue suministrada en el año 2014, porque la obligación legal de información debe cumplirse oportunamente, esto es, al momento en que se celebró el acto jurídico de traslado.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, no puede la Sala concluir cosa distinta, que el traslado de régimen pensional que efectuó el señor EDGAR BAUTISTA CASTILLO al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz y es por ello que, habrá que ordenársele a esta última sociedad que remita con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, con todos sus frutos e intereses y las demás sumas cobradas a título de comisiones y/o gastos de administración, estos con cargo a sus propios recursos.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus

consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se revocará la sentencia apelada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades*

constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 may. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada. Costas de ambas instancias a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada entidad. Las costas de primera instancia deberán ser liquidadas por el juzgado de conocimiento.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por el señor **ÉDGAR BAUTISTA CASTILLO** a través de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todo el saldo de la cuenta de ahorro individual del señor **ÉDGAR BAUTISTA CASTILLO**, incluyendo aportes obligatorios, sus rendimientos, aportes voluntarios y bono pensional si existieren y en general, todas las sumas que haya recibido que sirvan para financiar la pensión, como también a reintegrar los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

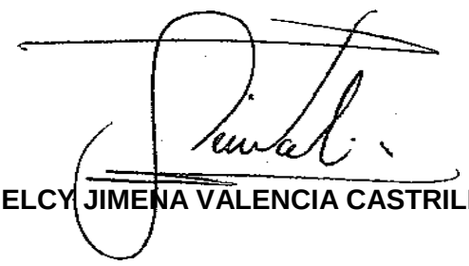
TERCERO: DECLARAR que para todos los efectos el señor **ÉDGAR BAUTISTA CASTILLO** siempre permaneció en el RPM y, en consecuencia, **COLPENSIONES** debe activar la afiliación sin solución de continuidad, recibir los recursos que debe transferir **PROTECCIÓN S.A.** y actualizar la historia laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS de ambas instancias a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia, una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada entidad. Las costas de primera instancia deberán ser liquidadas por el juzgado de conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

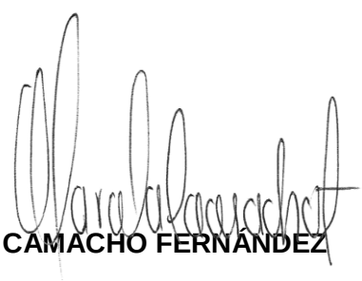
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-033-2020-00185-01
DEMANDANTE:	SONIA ALEXANDRA ROA ALFONSO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 3 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, a los veinticuatro (24) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. contra la sentencia del 3 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SONIA ALEXANDRA ROA ALFONSO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **AFP PORVENIR S.A.** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-033-2020-00185-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. incumplieron con el deber legal de información, al no brindarle una asesoría veraz, completa y oportuna respecto a las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional y, en consecuencia, solicita declarar ineficaz la afiliación al RAIS respecto de cada una de las AFP y declarar como válida su afiliación al RPM. En consecuencia, solicita se condene a las AFP a registrar en sus sistemas de información la ineficacia de la afiliación, además de ordenar el traslado de la totalidad de las sumas que constituyen su cuenta de ahorro individual, con inclusión de los gastos de administración y comisiones; ordenar a COLPENSIONES recibir dichos valores, a activar su afiliación al RPM, y se de aplicación a las facultades ultra y extra petita y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus cotizaciones a pensión en el ISS el 20 de marzo de 1990.

Refirió que el 23 de julio de 1996 suscribió formulario de afiliación con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., sin embargo, sus cotizaciones siguieron realizándose al ISS hoy COLPENSIONES hasta el mes de abril de 2007. Indicó que luego de diligenciado el formulario de afiliación, no recibió ningún tipo de información por parte de los asesores de COLMENA respecto a las características o el funcionamiento del RAIS.

Explicó que el 8 de septiembre de 2006 un representante de la AFP PORVENIR S.A. se presentó a su lugar de trabajo, ofreciendo el servicio de la entidad para el manejo de cesantías, por lo que, decidió suscribir el formulario No. 02649491; asegura de que dicho documento sería a fin de formalizar su afiliación al fondo de cesantías. El representante de PORVENIR tampoco le brindó ningún tipo de información respecto al funcionamiento de dicha entidad en manejo de pensiones, ni se le informó que el documento por ella firmado realmente la afiliaba al fondo de pensiones y no al fondo de cesantías, por lo que la asesoría respecto a pensiones nunca existió.

[1] Fs. 1 a 6 Archivo 02 Expediente Digital

Luego de efectuar diversas consultas, descubrió que la mesada pensional que posiblemente le reconocería el RAIS era el equivale a 1 SMLMV, mientras que la que podría percibir en el RPM sería aproximadamente de 2 SMLMV, por lo que solicitó mediante derecho de petición de fecha 7 de noviembre de 2019 ante la AFP PORVENIR S.A. la anulación de su afiliación, entidad que resolvió de manera desfavorable dicha solicitud y le informó que podría acceder a una pensión de garantía mínima al tener más de 1.150 semanas cotizadas.

Por otra parte, presentó el 5 de noviembre de 2019 petición ante COLPENSIONES a fin de que procediera con la activación de su afiliación al RPM al existir vicio en el consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, pero la administradora se limitó a indicarle los casos en los cuales procede la solicitud de traslado de régimen.

Elevó por intermedio de su apoderada diversas solicitudes a entidades como la SUPERFINANCIERA y la PROCURADURÌA GENERAL DE LA NACIÒN y no obstante, continúa afiliada al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, tuvo como ciertos los hechos relacionados a la afiliación a su AFP el 8 de septiembre de 2006 y el derecho de petición presentado por la actora en noviembre de 2019; negó los demás hechos de la demanda y formuló como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que son ciertos la fecha de afiliación al ISS de la actora, las cotizaciones realizadas con posterioridad a la afiliación a la AFP COLMENA, así como la petición presentada por la demandante y su consecuente respuesta negativa; no le constan los demás hechos descritos y propuso como excepciones de fondo la errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar

[2] Fs. 3 a 42 Archivo 10, fs. 3 a 47 Archivo 09 y fs. 3 a 25 Archivo 08 Expediente Digital

al RPM; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Finalmente, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a todas las pretensiones y manifestó que no le consta ningún hecho a excepción de la afiliación a COLMENA, los aportes realizados al ISS con posterioridad a dicha afiliación y la respuesta negativa brindada a la actora ante la solicitud de traslado de régimen: Formuló como excepción previa la que denominó falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva, y propuso como excepciones perentorias las de falta de legitimación en la causa por pasiva, desvinculación a Protección, regreso al Régimen de Prima Media, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, traslado de aportes a Colpensiones, 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 por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional y las demás afiliaciones realizadas por la actora, además, declaró que se encuentra afiliada de manera efectiva al RPM. Ordenó a PORVENIR el traslado de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora ROA ALFONSO con inclusión de intereses, rendimientos y bonos pensionales, así mismo a COLPENSIONES le ordenó recibir dichas sumas y actualizar la historia laboral de la actora. Condenó a PROTECCIÓN y a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cuotas de administración descontadas a la actora durante el tiempo que estuvo afiliada a cada uno de los fondos; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN y a PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que conforme a las pruebas recaudadas dentro del proceso así como a la normatividad y la jurisprudencia vigente se evidenció que a la demandante no le fue brindada información completa, necesaria, suficiente y oportuna al momento de afiliarse al RAIS administrado por la AFP COLMENA (PROTECCIÓN) y posteriormente a PORVENIR S.A., solamente se encuentran los formularios de afiliación suscritos por la actora, pero, realmente no se evidencia que las AFP le hayan brindado toda la información relevante al momento de suscribir dichos documentos, más aun, porque de las respuestas brindadas por la demandante en su interrogatorio de parte se evidenció que, el traslado realizado en 1996 a COLMENA se originó por recomendación de su empleador, pero no hubo mediación de un asesor y que, en el caso de la afiliación a PORVENIR en el año 2007, ella realmente quería afiliarse al fondo de cesantías. Si bien existe un correo presuntamente dirigido a la demandante por parte de PORVENIR en enero de 2014 en el cual le informaban que estaba próxima a cumplir 47 años y quedaría inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797/2003, lo cierto es que no se logró probar que realmente la demandante hubiera recibido dicha comunicación, pues al verificar los datos de la demandante no coinciden con la dirección a la que fue dirigida la mencionada comunicación. Indicó que la tesis de actos de relacionamiento citada por la demandada COLPENSIONES no cuenta con vocación de prosperidad dado que, se demostró que la demandante una vez supo de su afiliación al RAIS, realizó todas las gestiones tendientes a retornar al RPM.

Explicó que en el presente asunto no opera el fenómeno de la prescripción, conforme a los diversos pronunciamientos de la jurisprudencia, por lo que, deben aplicarse de manera completa los efectos de la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **PORVENIR** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que no se estudiaron las condiciones particulares del caso, por lo que, respecto a PORVENIR existió fue un traslado horizontal, razón por la cual la carga de informar a la afiliada estaba a cargo de su AFP inicial. Ahora

bien, indicó que existió un desinterés de la actora por informarse respecto de su situación pensional, además que firmó el formulario de manera libre y voluntaria.

Consideró que no es procedente la orden de devolver los rendimientos financieros, en razón a que la declaratoria de ineficacia retrotrae todo a su estado anterior y por ello, los mismos no se causaron, tal como lo establece la Sala Civil de la CSJ.

Respecto de los gastos de administración aseveró que son valores que se encuentran descritos en la Ley 100/1993, misma norma que permite dichos descuentos, además, que por la buena gestión de administración de los aportes se generó un beneficio en favor de la actora, lo cual no puede ser desconocido y por ello, considera que no procede su traslado al RPM.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** formuló inconformidad respecto de la decisión del A quo, mas enfáticamente en que no es procedente declarar la ineficacia del traslado simplemente por lo dicho por la actora respecto a que no recibió información al momento del traslado, sin probar dicha afirmación, tampoco es dable considerar que como la demandante creía estar afiliada al RPM, significa que su voluntad siempre fue pertenecer al ISS hoy COLPENSIONES, además porque en su interrogatorio de parte la demandante indicó que suscribió el formulario de afiliación con la AFP COLMENA de manera libre y voluntaria y conforme a la prohibición de la Ley 797/2003, no se permite que en este periodo temporal se materialice el traslado de régimen hacia el RPM.

De manera subsidiaria, en caso de confirmación de la decisión, solicitó sea adicionada la misma, en el sentido de manifestar que la Entidad Publica pueda solicitar vía judicial el resarcimiento por daños y perjuicios derivados de tener que recibir a la demandante como afiliada, quien posteriormente será pensionada por el RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por SONIA ALEXANDRA ROA ALFONSO al régimen de ahorro individual administrado por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones

especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le correspondía a los Fondos de Pensiones demandados, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, son ellos los que conservan los documentos y la información en general que le suministraron al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditaron las demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 23 de julio de 1996** (f. 34 archivo 8) y ante **PORVENIR S.A**. el 8 de septiembre de 2006 (f.74 archivo 10) , **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el

establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto que los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a las AFP demandadas, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que en 1996 le dijeron en la empresa que todos los empleados debían queda en COLMENA, el asesor llevaba los formularios, les hizo preguntas sobre su núcleo familiar y se firmó el formulario, no averiguó sobre la situación pensional, desconocía que podía hacer aportes voluntarios, y que sus aportes siempre estuvieron en el ISS conforme al comprobante de nómina y por eso creyó que no la habían trasladado. No se encuentra pensionada y en el 2019 cuando averiguó en COLPENSIONES por su pensión le dijeron que estaba afiliada a PORVENIR S.A. No tiene conocimiento sobre lo resuelto en su caso respecto a la situación de multiafiliación. Respecto al formulario suscrito en el 2006 manifestó que un asesor de PORVENIR S.A. le habló de afiliarse para las cesantías a dicho fondo y llenó el formulario con las preguntas que le hizo, lo que ella firmó creyendo que era para afiliación a cesantías, pero no para pensión, ya que nada le dijo al respecto. No ha recibido extractos del fondo y respecto de la comunicación remitida a un correo

electrónico de Gmail dijo que no corresponde al suyo, que es de Hotmail. (Min. 21 a 32:06 audio Archivo 23).

Con todo, ante la falta de prueba sobre una asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, así como los gastos de administración; sin embargo como no se hizo mención a los seguros previsionales habrá de adicionarse en este aspecto pues no obstante, que el Juez indicó que la AFP del RAIS debía trasladar al RPM los montos recibidos con motivo de la afiliación de la convocante, **omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, valores que deberá devolver las AFP demandadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la

jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, tal como se dejó sentado desde la parte introductoria de esta providencia.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación

definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Por último, en relación con la adición de la sentencia solicitada por COLPENSIONES, debe decirse que la posible existencia y resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados al recibir a la demandante como afiliada al RPM, estos no fueron objeto de pretensión ni estudio en la primera instancia, ya que solo se manifestó en el recurso de apelación, razón por la que no puede ser analizada en esta instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. por no haber prosperado los recursos interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una, al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

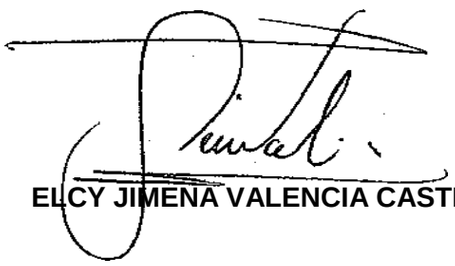
PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL QUINTO** de la sentencia del tres (3) de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión y seguros previsionales, descontados a la convocante durante la afiliación a las AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho para cada una, un valor equivalente a un SMMLV al momento de su pago,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

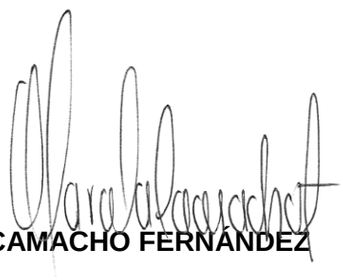
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-033-2020-00200-02
DEMANDANTE:	CLAUDIA CERÓN SANCLEMENTE
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 16 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 16 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CLAUDIA CERÓN SANCLEMENTE** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-033-2020-00200-02.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende declare la ineficacia del traslado realizado desde el RPM al RAIS ante PORVENIR S.A. y que se encuentra vigente su vinculación al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad; como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados al RAIS desde el 1º de noviembre de 1999, los cuales deben remitirse en un 100%, con los rendimientos generados; se condene a Colpensiones a tenerla como afiliada; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 2 de enero de 1959; que se afilió al RPM, el 6 de septiembre de 1.991 hasta el 31 de octubre de 1.999, cotizando 403 semanas; que en noviembre de 1.999 suscribió formulario de afiliación ante PORVENIR S.A., sin recibir por parte del asesor la información necesaria, debidamente sustentada para garantizar su derecho de libre elección de régimen pensional; que tampoco se le brindó información idónea respecto de las ventajas y desventajas que se podrían generar en el traslado de régimen pensional, pues únicamente se le indicó que podría pensionarse a la edad que eligiera, con un monto pensional igual al que percibiría en el RPM, en donde su derecho pensional se vería afectado por la liquidación del ISS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.

Mediante auto del 27 de septiembre de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.[2], determinación que fue confirmada por este Tribunal mediante auto del 31 de marzo de 2022[3].

COLPENSIONES[4]

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba

[1] Páginas 2 a 18 Archivo 03 Expediente Digital
[2] Archivo 15 del Expediente Digital
[3] Páginas 8 a 16 Archivo 20 del Expediente Digital
[4] Páginas 2-41 Archivo 10 Expediente Digital

alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), y tampoco se evidencia dentro de las solicitudes alguna nota de protesto que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Además, que en el presente caso la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante el 20 de octubre de 1.999 ante la AFP Porvenir S.A. y a su vez, que actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad; ordenó a PORVENIR S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a Colpensiones recibir el valor de las sumas descritas, así como activar la afiliación de la actora al RPM e integrar en su totalidad su historia laboral; declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y

demás presentadas por Colpensiones; conminó a Colpensiones a realizar todas las gestiones necesarias a efectos de recaudar los dineros que surjan como consecuencia de la ineficacia y condenó a costas a Porvenir S.A., sin costas a cargo de Colpensiones.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumento que no es procedente la condena impuesta en el numeral tercero de su parte resolutiva, toda vez que la indexación es incompatible con los rendimientos financieros que también se han ordenado devolver, pues se está condenado a la AFP dos veces por el mismo rubro, como quiera que al garantizar esos rendimientos, es claro que los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación, lo cual fue definido por el Tribunal Superior de Cundinamarca dentro del proceso ordinario laboral 2021 000111 01 y por el Tribunal Superior de Cali dentro del proceso 15 2021 00489.

La demandada **COLPENSIONES**, también interpuso recurso de apelación argumentando que la decisión debatida ha pasado por alto que para la fecha del traslado la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, según la cual la aceptación libre, espontánea e informada del traslado se plasmaba en el formulario de afiliación, hecho que ocurrió a plenitud conforme a la prueba documental arrimada al proceso. Agregó que los fondos privados cuentan exclusivamente con el formulario de afiliación para probar ese consentimiento del afiliado respecto de su traslado, porque la normatividad vigente entre los años 1994 a 2016 no exigían nada distinto para perfeccionar el acto, de manera que imponer cargadas

adicionales en materia probatoria, implican exigencias que son de imposible cumplimiento para la AFP, aunado a que la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia invierte de manera errónea la carga de la prueba, a la luz del artículo 1604 del C.C. porque no le exige a la parte activa allegar soporte alguno de sus afirmaciones, desconociendo además, el principio de confianza legítima y el derecho al debido proceso, previsto este último en el artículo 29 de la CP.

Señaló que Colpensiones pese a no participar en el acto jurídico de traslado, debe afrontar la carga prestacional a futuro, desconociéndose que ello solamente debe tener efectos jurídicos *inter partes,* por tanto no debería la entidad en calidad de tercero verse perjudicada por el contrato celebrado entre la demandante y la AFP que hoy se declara ineficaz. Concluyó advirtiendo que al no estar afiliada la activa al RPM durante más de 23 años, Colpensiones resulta lesionada con el fallo proferido por el Juzgado de Conocimiento, toda vez que afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema, previstos en el artículo 48 de la CP, porque se vería beneficiada con las cotizaciones que realizaron los demás afiliados durante toda su vida laboral, sin contribuir con los propios aportes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLAUDIA CERÓN SANCLEMENTE al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como**

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

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del***

CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)" (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP **PORVENIR S.A.** (página 76 Archivo 12 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en referir que cuando trabajaba en el Colegio Nueva Granada, compareció a una asamblea informativa de todo el personal docente, en donde le invitaron a trasladarse al RAIS, bajo el argumento que el ISS estaba en

crisis y no podría responder con sus obligaciones pensionales y de salud, aunado a que la AFP Porvenir se presentó como una sociedad que tenía un apoyo de un grupo económico sólido y confiable. Agregó que le tomaron los datos para diligenciar el formulario de afiliación a Porvenir S.A. y lo firmó hacia octubre de 1999, lo cual se hizo muy rápido porque a esa reunión había comparecido mucho personal docente (Min. 12:22 - 21:45 archivo de audio y video 29 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permeancia de la actora en dicho régimen.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas

descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la Administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como

Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y

COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

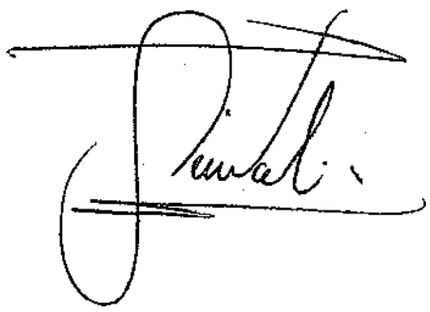
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-035-2019-00313-04
DEMANDANTE:	CARLOS JAVIER CORTÉS CAMACHO
DEMANDADO:	CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC
ASUNTO:	Consulta Sentencia 27 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión especial de vejez por alto riesgo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia del 27 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS JAVIER CORTÉS CAMACHO** contra la **CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC,** con radicado No. **11001-31-05-035-2019-00313-04.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, a partir de la semana 1.029, es decir, desde junio de 2010; en consecuencia, se condene a la pensión, en la suma que se estime probada, junto con los intereses, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que ha laborado y cotizado como aviador civil con la empresa Avianca desde el 7 de julio de 1989 hasta la fecha. Que ha cotizado ante la demandada con asignaciones que fluctúan entre $590.747 hasta el actual salario de $19.517.771; además es beneficiario de las convenciones colectivas de la empresa Avianca. Que a la fecha ha cotizado 1.504,56 semanas, superior al mínimo de 700 exigidas por la ley y, ha estado afiliado a la demandada desde el 7 de julio de 1989 como Aviador Civil. Que en su actividad, ha prestado servicios como piloto de aeronaves, la cual se considera de alto riesgo, conforme al artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, en concordancia con el artículo 26 del Decreto 1295 de 1994 y artículo 2º del Decreto 1607 de 2002. Que el trabajo ha afectado su salud, la cual continúa agravándose al negársele su retiro por no reconocerle la pensión. Que a la fecha tiene más de 20 años de servicios y 49 años de edad. Que el 10 de abril de 2018 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la prestación, en virtud de la sentencia C-093 de 2017, la cual le fue negada, mediante comunicación del 31 de mayo de 2018, omitiendo la pasiva aplicar a su favor el régimen anterior.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa sostuvo, en síntesis, que la única fuente legal que actualmente consagrada las pensiones de alto riesgo es el Decreto 2090 de

[1] Páginas 1 a 14 Archivo del Expediente Digital
[2] Páginas 81 a 118 Archivo 01 del Expediente Digital

2003, en cuyo artículo 2º no se incluyó la profesión de los aviadores civiles como actividad de alto riesgo, acotando que en sentencia C-093 de 2017, la Corte Constitucional se declaró inhibida respecto de la demanda presentada en contra de dicho artículo y del artículo 1º de la normatividad *ejusdem*. Añadió que el convocante tampoco cumple los requisitos del régimen de transición previsto en el Decreto 1282 de 1994, ni mucho menos las condiciones previstas en tal norma, para las pensiones especiales transitorias de los aviadores civiles.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, inexistencia de régimen de alto riesgo para aviadores civiles, interpretación subjetiva de la sentencia C-093 de 2017, buena fe, imposibilidad de despachar intereses de mora contra Caxdac, prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de octubre de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; condenó en costas al demandante y declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo e inexistencia del régimen de alto riesgo para aviadores civiles, formulada por la encartada.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que en el Decreto 2090 de 2003 se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, acotando que aun cuando el actor no prueba que se desempeñó como piloto o aviador, lo cierto es que dicha actividad de ninguna manera se encuentra asociada a una actividad de alto riesgo, a la luz del artículo 2º de la normatividad *ejusdem*. Dijo que la actividad de alto riesgo más cercana a la enunciada por el actor, corresponde a la de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de

Aeronáutica Civil, empero, el convocante no acredita en el expediente que desempeñara funciones propias de dicha actividad. Advirtió que conforme a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, para ser beneficiario de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, resulta necesario que se demuestre que el trabajador efectivamente estuvo expuesto al riego pregonado en el ejercicio de sus funciones, aunado a que no basta laborar para una empresa catalogada como de alto riesgo, sino que además resulta indispensable acreditar que estuvo expuesto a esa actividad, circunstancia que no se encuentra demostrada en el *sub judice*, sobre todo porque el actor no acredita que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, contaba con 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo, como así se exige en el régimen de transición de dicha norma. Concluyó que la sentencia 093 de 2017 no tiene ninguna incidencia en el caso, porque la Corte Constitucional se declaró inhibida para estudiar la exequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 2090 de 2003.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod. Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* si el convocante tiene o no derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

CONSIDERACIONES

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., probanzas de las cuales se colige, que CARLOS JAVIER CORTÉS CAMACHO nació el 3 de enero de 1970 (página 43 archivo 01 ED), contando al 1º de abril de 1994 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - con 24 años; asimismo, conforme a lo aceptado por la entidad demandada en su contestación (páginas 84 a 85 Archivo 01 del ED), registra tiempos laborados sin cotizaciones a CAXDAC, a través de Avianca, del 7 de julio de 1989 al 31 de marzo de 1.994, e igualmente, presenta cotizaciones ante la convocada por parte de Avianca desde el mes de abril de 1.994 hasta la fecha.

ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La pensión peticionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer el señor CORTÉS CAMACHO actividades de alto riesgo en la prestación personal de sus servicios, conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, como así lo refiere en su escrito de demanda, precepto que de manera textual dispone que *«El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor*

desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo».

Normatividad que no puede ser analizada en forma aislada al artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, ya que en este de manera taxativa se estableció que:

> *«Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*
>
> *1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
>
> *2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
>
> *3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
>
> *4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
>
> *5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.*
>
> *7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública»* (Resalta la Sala).

Ahora, los artículos 3º y 4º de la norma *ejusdem* señalan como pedimentos para acceder a la prestación pensional especial:

> *«**ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ**. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años».

Dando aplicación a las normas en referencia, debe señalar la Sala de manera categórica que una vez analizados los medios de convicción allegados al informativo, no es posible advertir que el actor haya desempeñado alguna de las actividades referenciadas en el artículo 2º de Decreto 2090 de 2003, como para concluir que su situación pensional debe ser dilucidada conforme a la normatividad *ejusdem*, puesto que ninguna de ellas logra probar tiempos de trabajo en alto riesgo, no siendo suficiente la afirmación de la parte activa en cuanto a que su actividad de piloto o aviador encaja en la definición de labor de alto riesgo prevista en el artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, pues tal análisis no puede desligarse del subsiguiente artículo 2º, que se *itera*, de manera taxativa enlista las actividades que tienen tal catalogación, para efectos de acceder a la pensión especial de vejez allí prevista.

Ahora bien, arguye el demandante que la actividad por él desempeñada, en calidad de piloto o aviador, sí tiene la condición de actividad de alto riesgo conforme a lo previsto en el artículo 26 del Decreto 1295 de 1994, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1607 de 2002.

Frente a lo cual ha de indicarse que, tal posición no resulta atendible por la Sala de Decisión, toda vez que el artículo 26 del Decreto 1295 de 1994 se encarga de establecer las clases de riesgos que permiten clasificar a una empresa de acuerdo con la actividad que desempeña, dentro del Sistema de Riesgos Laborales, a efectos de definir el valor de la cotización que debe asumir, de acuerdo al tipo de riesgo al que pertenece.

Aunado a ello, el artículo 2º del Decreto 1607 de 2002, establece la tabla de clasificación de actividades económicas, en la cual se define entre otras cosas, la clase de riesgo a la que cada una pertenece; así, a manera de ejemplo, frente a las actividades económicas *"TRANSPORTE REGULAR NACIONAL DE PASAJEROS, POR VIA AEREA INCLUYE SOLAMENTE EMPRESAS DEDICADAS A LAS EMPRESAS DE TRANSPORTES AEREOS DE PASAJEROS, DE MERCANCIAS, EXCEPTO PERSONAL DE OFICINAS"* y *"EMPRESAS DEDICADAS AL TRANSPORTE REGULAR INTERNACIONAL DE PASAJEROS, POR VIA AEREA"*, la norma en comento, prevé que pertenecen a la clase de riesgo IV, el cual conforme al Decreto 1295 de 1994 corresponde al riesgo alto, pero ello, se repite, dentro del Sistema de Riesgos Laborales; por tanto, esa catalogación no implica que la aviación debe ser considerada como una actividad de alto riesgo merecedora de una pensión especial de vejez, dado que se insiste, la misma no se encuentra enlistada en el artículo 2º del Decreto 2090 de 2003.

Así las cosas, incumplido el requisito esencial para el otorgamiento pensional, esta Colegiatura no puede corroborar si el demandante cumple con los lineamientos del Decreto 2090 de 2003, al no existir ninguna prueba que de fe del desempeño de su parte, de las actividades de alto riesgo allí consagradas, como *requisito sine qua non* para acceder a la prestación especial de vejez deprecada.

Conclusión esta que no sufre ninguna modificación, ni aun tomado en consideración la sentencia mencionada en el *libelo demandatorio*, esto es, la sentencia C-093 de 2017, pues contrario a la interpretación dada por el demandante, en ella, la Corte Constitucional fue clara en referir sobre el juicio de constitucionalidad allí propuesto respecto del artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, que no se encontraron los elementos fácticos y probatorios que den cuenta de la exposición de los aviadores a niveles de radiación ionizantes que reduzcan su expectativa de vida saludable o que hagan necesario su retiro anticipado de la vida laboral, declarándose inhibida para pronunciarse sobre la exequiblidad de tal norma y del artículo 1º del Decreto en referencia.

Ahora bien, analizado el hecho décimo y los fundamentos y razones derecho de la demanda, se advierte que el convocante realmente pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista para los beneficiarios de la transición del régimen pensional especial de los aviadores civiles, de que trata artículo 4º del Decreto 1282 de 1994, cuyo texto prevé:

> ***"ARTICULO 4o. BENEFICIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION.*** *<Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 1302 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac. Así mismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios (…)".*

Al respecto, baste con advertir que el señor CORTÉS CAMACHO no tiene derecho a la prestación en referencia, puesto que no cumple las condiciones del régimen de transición establecidas en el artículo 3º del Decreto 1282 de 1.994, esto es, 40 años de edad si son hombres al 1º de abril de 1.994 o, haber cotizado o prestado servicios durante 10 años o más, pues a dicha data, el actor contaba con 24 años, conforme a la copia del registro civil de nacimiento (página 43 archivo 01 ED), y había prestado sus servicios sin cotización por 4 años, 8 meses y 24 días a favor de Avianca S.A., de acuerdo a lo aceptado por la entidad demandada en su contestación (páginas 84 a 85 Archivo 01 del ED).

Así las cosas, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 27 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-035-2021-00467-01
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA CASTELLANOS DAZA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 28 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 28 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA LUCÍA CASTELLANOS DAZA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-035-2022-00467-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de la AFP SANTANDER S.A. hoy nuevamente PROTECCIÓN S.A., por falta de consentimiento informado, debido a la incompleta y engañosa información suministrada al momento de la afiliación. Como consecuencia de ello, condenar a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidas las comisiones y los rendimientos a que hubiere lugar y gastos de administración; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensiones y a actualizar su historia laboral, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó en resumen, que nació el 22 de octubre de 1965 y realizó cotizaciones al ISS desde el mes de junio 1987 hasta el 21 de diciembre de 1995, fecha en que se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., y posteriormente a la AFP SANTANDER el 2 de octubre de 2001, sin el cumplimiento del deber objetivo de información y debida asesoría al momento del traslado, para conocer sobre las ventajas y desventajas del traslado, como tampoco de la posibilidad de regresar al régimen de prima media; por lo que el traslado carece de un consentimiento informado y en consecuencia al no ejercer de forma libre y voluntaria su derecho a la libre elección de régimen pensional procede la ineficacia. Solicitó a las demandas declarar la ineficacia del traslado, pero fue negado mediante comunicaciones del 3 y 4 de agosto y el 27 de septiembre de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

[1] Archivo 01 del expediente digital.
[2] Archivo 6 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la edad de la demandante, las cotizaciones realizadas al ISS, la solicitud presentada por la actora y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida y prescripción de la acción laboral.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.[3]

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones formuladas. Aceptó los hechos relacionados con la edad de la demandante, la fecha del traslado al RAIS y su negativa a la solicitud de ineficacia del traslado. Negó o manifestó que no le constan los demás hechos y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de restitución a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y de la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS y como consecuencia condenó al fondo privado a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y duma adicionales de aseguramiento frutos e intereses junto con sus rendimientos y

[3] Archivo 10 del expediente digital.

a pagar de su propio peculio la disminución del capital ocasionado por los gastos de administración, Condenó a COLPENSIONES a afiliar a la actora al RPM y a recibir los aportes efectuados a PROTECCIÓN S.A., a quien condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que debido a que el traslado no estuvo precedido de la información adecuada y necesaria para decidir, no obstante, lo que se indica en el formulario de afiliación, ello no es suficiente prueba respecto al consentimiento informado. Tuvo en cuenta la jurisprudencia sobre el requisito de información para los traslados de régimen y que la carga de la prueba le correspondía al fondo privado, lo que no encontró demostrado en el proceso. En consecuencia, se generaba la ineficacia del traslado y por tanto la demandada debía trasladar a COLPENSIONES todos dineros existentes en la cuenta de ahorro individua, así como sus rendimientos y sumas adicionales, frutos e intereses, además de los gastos de administración por el tiempo de afiliación y condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad y a recibir los aportes y demás dineros devueltos. Condenó en costas al fondo privado y sin costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que no se evidencian vicios del consentimiento para declarar la ineficacia del traslado y no se puede alegar el desconocimiento de las normas, o no se pueden constatar elementos que presten mérito para establecer que no se dio cumplimiento al deber de información. Añadió, que de acuerdo al tiempo de vinculación de la actora al RAIS, era clara su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema, con todo lo que ello implica. Que no puede pretender en último momento beneficiarse de los ahorros que hicieron las demás personas, lo que afecta el sostenimiento del sistema. Que en caso de confirmarse la sentencia no se permitan los descuentos de seguros previsionales y se autorice a COLPENSIONES efectuar el cobro de los perjuicios que se le causan al fondo

con el traslado de la afiliada y no se le condene en costas de segunda instancia por haber actuado de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no, los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OLGA LUCÍA CASTELLANOS DAZA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el

legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información,**

de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de

Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A el 21 de diciembre de 1995 y a la AFP SANTANDER el 2 de octubre de 2001** (fs. 28 y 29 archivo 10), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los Fondos Privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o

registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada PROTECCIÓN S.A., pues fue clara al manifestar que el 21 de diciembre de 1995 trabajaba en Tecnoquímicas en atención a clientes y les hicieron una reunión de grupo para informarles que el ISS se acababa y que debían pasarse al Fondo Privado ya que la única manera de salvar la pensión era pasándose al Fondo Privado, que no retornó al RPM porque siempre creyó en la buena fe de los asesores de Fondo. Respecto al traslado del 2 de octubre de 2001 a ING indicó que los asesores que los visitaron les dieron igual información, y se trasladó porque fue el Fondo que autorizó la empresa donde laboraba y les dieron unos servicios bancarios, pero luego por fusiones entre Fondos volvió a quedar en PROTECCIÓN S.A. Intentó volver al RPM en el año 2014 pero la rechazaron por la edad. Se siente engañada porque el Fondo no le dio la información correspondiente y COLPENSIONES tampoco le dio ninguna orientación por lo que se enteró por sus compañeros que existían demandas por los traslados. Por comentarios, cree que para su pensión requiere de una edad de 57 años y 1400 semanas. Señala que pidió información al Fondo y le dijeron que su pensión sería de $1.000.000 o $1.100.000. (Min. 09:55 – archivo de audio y video).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia del mismo, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos

de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante y frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración y gastos de seguros previsionales, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración; sin embargo como no se hizo mención a los seguros previsionales habrá de adicionarse en este aspecto pues no obstante, que el Juez indicó que la AFP del RAIS debía trasladar al RPM los montos recibidos con motivo de la afiliación de la convocante, **omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, valores que deberá devolver la AFP demandada debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese

sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, tal como se dejó sentado desde la parte introductoria de esta providencia.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada y adicionada, se reitera, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surtió a favor de **COLPENSIONES** en lo que no fue objeto de apelación.

Respecto a la adición solicitada por COLPENSIONES en cuando a los perjuicios que se pueda ocasionar por el traslado de la demandante ello no fue objeto del proceso y por lo tanto no puede ser analizado en esta instancia.

Sin costas en esta instancia, por cuanto se adicionó la sentencia

conforme al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia del 28 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión y seguros previsionales, descontados a la convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**