

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:	11001-31-05-015-2021-00387-01
DEMANDANTE:	MARÍA CONCEPCIÓN TINOCO ROMERO
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
ASUNTO:	Apelación Sentencia 25 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de vejez
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, treinta (30) de marzo 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 parte actora **MARÍA CONCEPCIÓN TINOCO ROMERO**, respecto de la sentencia del 25 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA CONCEPCIÓN TINOCO ROMERO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** con radicado No. **11001-31-05-015-2021-00387-01**.

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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a la demandada UGPP a reliquidar la pensión de jubilación convencional reconocida a la demandante desde el 23 de agosto de 2004 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAS SOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta el 100% del promedio mensual de los percibido en los últimos 2 años de servicios, por haber adquirido su derecho pensional entre el 1º de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006. Reconocer la diferencia entre la pensión peticionada y la reconocida por COLPENSIONES, a pagar la mesada 14, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; así como la bonificación señalada en el artículo 103 de la convención colectiva ya mencionada, la indexación, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó los hechos que por lo extensos se resumen a continuación:

Que laboró con el ISS entre el 30 de abril de 1976 hasta el 25 de junio de 2003 durante el cual ostentó la calidad de trabajadora oficial y por haber nacido el 23 de agosto de 1954 cumplió los 50 años en el año 2004.

Durante los últimos dos años percibió además de la asignación básica, el incremento de servicios, los auxilios de alimentación y transporte, prima de servicios, reconocimiento por servicios, prima de vacaciones, trabajo nocturno, suplementario y hora extras, dominicales y festivos.

El artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL establece los requisitos para obtener la pensión y en el artículo 3º determina quienes son sus beneficiarios.

¹ Archivo 01 y 7 subsanación
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Igualmente, establece en el artículo 103 de la convención, el derecho al reconocimiento y pago de la bonificación en el momento de la jubilación.

Manifiesta que solicitó ante la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO el reconocimiento de la pensión convencional y mediante Resolución 03205 del 16 de agosto de 2005 se le reconoció la pensión convencional de conformidad con lo señalado en el artículo 101 de la convención a partir del 1º de septiembre de 2005 en cuantía inicial de \$1.008.235, tomando en cuenta el promedio del último año de servicios en porcentaje del 75%.

Que conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias DL 3635 de 2020 y SL 5116 de 2020, el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL tiene vigencia hasta el 31 de julio de 2010.

El 9 de septiembre de 2009 solicitó ante el ISS el reconocimiento de la pensión de vejez, la que le fue otorgada mediante la Resolución No. 27749 del 21 de agosto de 2012 en aplicación del Decreto 758 de 1990, a partir del 23 de agosto de 2009 en cuantía inicial de \$1.325.630, liquidada sobre el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, con un porcentaje del 90%.

Que presentó reclamación ante la UGPP el 25 de mayo de 2021, respecto de la cual no se ha pronunciado la demandada y con lo que se ha agotado la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.²

² Archivo 26 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

La demandada UGPP se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción por falta de agotamiento de la vía gubernativa, la que fue resuelta en forma negativa en la audiencia del artículo 77 del CPTSS y como excepciones de fondo propuso las de derogatoria normativa de la convención colectiva e improcedencia de aplicación de la convención colectiva, derogatoria normativa de la convención colectiva por la Ley 100 de 1993, improcedencia de aplicación de la convención colectiva por falta de requisitos legales, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia de intereses moratorios e indexación, improcedencia de la condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe de la UGPP, prescripción y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de enero de 2023, resolvió ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la señora MARÍA CONCEPCIÓN TINOCO ROMERO al resultar más favorable la pensión que le fue reconocida por el empleador frente a la de carácter convencional. Declaró probadas la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada frente a la pensión de carácter convencional y afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción el derecho a la prestación relacionada con el reconocimiento del bono o la bonificación de jubilación prevista en el artículo 103 de la convención colectiva. No impuso condena en costas y ordenó el grado jurisdiccional de consulta en caso de no ser apelada la decisión.

Como fundamento de la sentencia manifestó el juez A-quo que se encuentra agotada la reclamación administrativa con la petición del 25 de mayo de 2021 aportada con la demanda. Que no es objeto de discusión la condición de pensionada de la demandante por cuanto la ESE que era la

empleadora le reconoció la pensión de carácter legal el 16 de agosto de 2005, y a partir de la fecha de retiro que se dio el 31 de agosto de 2005; y que el ISS le reconoció la pensión con aplicación del Acuerdo 049 de 1990 con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años que resultó superior a la que devengaba la demandante y se presentó la subrogación por parte de la UGPP por ser una prestación de carácter compartido.

Respecto a la pensión convencional (archivo 03) con constancia de depósito tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 98 y lo previsto en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 Parágrafo 3º, así como lo indicado en las sentencias citadas por la parte actora en su demanda, para concluir que la convención colectiva mencionada mantuvo su vigencia hasta el 31 de julio de 2010 (SL2798/20) y que la demandante cumple los requisitos dispuestos en el artículo 98 de la convención, pues el requisito de edad lo cumplió en agosto de 2004 y ya se había retirado del servicio. En cuanto al tiempo de servicios tenía más de 20 años de servicios (1976-2003), por lo que cuando pasó a la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO como empleada pública ya tenía cumplidos los requisitos.

En cuanto a la liquidación de la pensión conforme al artículo 98 de la Convención, es decir, sobre lo devengado en los últimos 2 años, tuvo en cuenta el periodo comprendido entre el 31-8-05 y el 01-09-03 y conforme a los formatos aportados con la demanda actualizados con el IPC dio como resultado un IBL de \$960.463 para el año 2005, mientras la pensión legal que le fue reconocida por la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, lo fue por la suma de \$1.008.235, es decir, por un valor superior a la que se obtendría como pensión convencional y por favorabilidad para la demandante no reconoció la prestación y absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en la demanda.

Respecto al bono pensional por reconocimiento de la pensión, esta se causaba en el año 2005 sin embargo, conforme a la fecha de la reclamación presentada por la actora, prosperaba la excepción de prescripción propuesta por la demandada. No condenó en costas por cuanto, aunque la demandante

tenía derecho a la pensión convencional por ser inferior a la reconocida no se ordenó.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que en la demanda señaló que la pensión convencional se debía liquidar tomando en cuenta los tiempos de servicios laborados al ISS única y exclusivamente, es decir, los laborados hasta el 25 de junio de 2003 por lo que se debía liquidar la pensión conforme a lo devengado entre junio de 2001 y junio de 2003 y nos los años posteriores en que no era trabajadora oficial del ISS y en los que le disminuyeron sus ingresos

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 en atención al grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si procede el reconocimiento de la pensión convencional que solicita la demandante y en tal caso si esta se debe liquidar con lo devengado en los dos últimos años laborados al ISS y no los laborados a la ESE LUIS CARLOS

SARMIENTO y si hay lugar al reconocimiento del bono por reconocimiento de la pensión.

La parte demandada solicitó se confirme la decisión y manifestó que se está hablando del ISS como patrono y no como asegurador.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, se precisa que se revisa el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta y en apelación respecto al derecho de la demandante al reconocimiento de la pensión que se fundamenta en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL.

Para la aplicación de la convención y respecto al alcance del Parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, en casos como el que es objeto de estudio, en los que se analizó el reconocimiento de la pensión convencional contenida en el artículo 98 de la Convención suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diferentes oportunidades, entre ellas, en sentencias CSJ SL3635-2020, SL2798- 2020, CSJ SL2543-2020 y CSJ SL2986-2020, en cuanto a que el término inicialmente pactado no puede extenderse más allá del 31 de julio 2010 y, de otra, que ese plazo también incluye el de la prórroga automática que hubiese comenzado después del 29 de julio de 2005.

El artículo 98 de la convención colectiva (Anexo 3. f.34) que es el fundamento de la demanda, establece.

ARTICULO 98. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. El trabajador oficial que cumpla veinte años (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantían equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos dos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y el treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo recibido entre los tres últimos de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años”.

Es decir, que el citado artículo plantea la posibilidad para que el trabajador oficial que cumpla veinte años de servicios y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es hombre y cincuenta si es mujer, adquiera la pensión de jubilación equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios, siempre y cuando la pensión se obtenga entre el primero de enero de 2002 y el treinta y uno de diciembre de 2006.

El artículo 3º de la convención colectiva (f. 5 archivo 3) dispone que serán beneficiarios de la convención colectiva los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS, de acuerdo a lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones asuman tal categoría, por lo que para el caso se debe tener en cuenta que son trabajadores oficiales los que se vinculan por contrato de trabajo para el desempeño dentro del ISS de las actividades de aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte. (D.L. 1651/77, art. 3º; D.R. 413/80, arts. 2º y 5º; L. 62/89, art. 9º; D. 461/94; D. 1754/94, artículo 1 del Decreto 2148 de 1992 que modificó la naturaleza jurídica del ISS, al establecer que en adelante funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional y el artículo 1 del Acuerdo 145 de 1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 416 de 1997).

Conforme a la documental aportada con la demanda, se observa que la actora allegó certificaciones de los tiempos laborados con el ISS y los ingresos devengados durante el periodo que pretende se tenga en cuenta para el

reconocimiento de la pensión, y a folio 29 del anexo 2, se encuentra la certificación expedida por el PAR ISS el 26 de mayo de 2021 conforme a la cual la demandante prestó sus servicios al ISS en las siguientes calidades y durante los siguientes periodos:

Auxiliar enfermería del 30/04/1976 al 4/07/1983 como trabajadora oficial

Auxiliar de servicios asistenciales del 05/07/1983 al 29/05/1984 como empleada pública

Auxiliar de servicios asistenciales 30/05/1984 al 31/03/1997 como empleada pública.

Auxiliar de servicios asistenciales 01/04/1997 al 25/06/2003 como trabajadora oficial.

Conforme a lo anterior, se contabilizarán para el efecto de la pensión convencional solicitada, los tiempos en que la actora prestó sus servicios como trabajadora oficial, esto es, entre el 30/04/1976 al 4/07/1983 (7 años, 2 meses y 4 días) y del 01/04/1997 al 25/06/2003 (6 años, 2 meses 24 días), para un total de 13 años, 4 meses y 28 días, que conforme al folio 29 fueron certificados como laborados en calidad de trabajadora oficial, ya que no fue objeto del proceso que los demás tiempos certificados hubieran sido prestados en tal calidad, por lo que se concluye que la demandante no acredita haber cumplido 20 años de servicios como trabajadora oficial.

Sobre el particular la sentencia SL363 de 2023, en un proceso similar y respecto al requisito de la calidad de trabajador oficial para el reconocimiento de la pensión convencional, señaló lo siguiente:

Al respecto es preciso señalar que esta corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tipo de vinculación en el que deben contarse los tiempos de servicios autorizados para consolidar la jubilación derivada del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004. En la sentencia CSJ SL2574-2022 expresó:

(...)

Lo precedente, corresponde al propósito que tienen las CCT, en atención al artículo 467 del CST, cual es fijar las condiciones que gobernarán los contratos de trabajo, razón por la cual como los empleados públicos se rigen por una relación legal y reglamentaria, «no pueden ser beneficiarios de aquellas, de modo que las personas que adquirieron la calidad de empleados públicos en virtud de la referida escisión, no son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y su organización sindical», como así se prohibió en la sentencia CSJ SL4453-2018.

Así mismo la Corte ha expresado que para ser signatario de la prestación extralegal pretendida es necesario acreditar las exigencias requeridas mientras se tiene la calidad de trabajador oficial, ya que, ante la ausencia de ello, no se genera algún derecho adquirido, sino que se mantiene una mera expectativa pensional. (subrayado fuera de texto)

Ahora bien, de cara a la interpretación de la cláusula 98 convencional objeto de examen, esta Sala patrocinó la tesis, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL644-2013, CSJ SL13641-2014, CSJ SL4929-2015, CSJ SL8158-2016, CSJ SL21088-2017, CSJ SL9443-2017 y CSJ SL1186-2020, en punto a que, para acceder a la prestación deprecada, era necesario cumplir el requisito de edad como el de tiempo de servicios, en vigencia de la relación contractual con el ISS, es decir, ostentando la calidad mencionada.

(...)

Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, otros servicios prestados en virtud de otras formas de vinculación no pueden generar el acceso a tal prestación. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial...”

Conforme a la jurisprudencia citada, encuentra la Sala que, por no haber cumplido el requisito de 20 años de servicios mientras ostentaba la calidad de trabajador oficial, no alcanzó a adquirir el derecho a la pensión en la forma establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva y en consecuencia, se debe confirmar, aunque por otros motivos, la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia, a cargo de la parte actora. Se fija como
agencias en derecho 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,

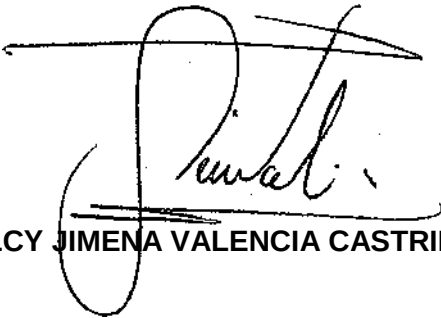
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de enero de 2023,
proferida por el Juzgado Quince 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 recurrente-
demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de 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:	11001-31-05-015-2022-00009-01
DEMANDANTE:	GERARDO GONZÁLEZ PÁEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 10 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 10 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GERARDO GONZÁLEZ PÁEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-015-2022-00009-01**.

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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPM al RAIS que realizó en el mes de abril del año 1997; como consecuencia de ello, establecer para todos los efectos legales que nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; ordenar el traslado de la totalidad de los aportes y bono pensional que se encuentren bajo la administración de la AFP Porvenir S.A. al RPM administrado por Colpensiones, junto con los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, así como la totalidad del capital ahorrado, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual; 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 enero de 1959. Que se afilió a Cajanal del 17 de enero de 1984 hasta el 31 de julio de 1995. Que en agosto de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., sin que el asesor cumpliera con la obligación objetiva de informarle de manera suficiente y oportuna las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, toda vez que omitió informar los aspectos importantes como la probabilidad de pensionarse en cada régimen, la proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, la proyección del valor de la pensión en cada régimen, requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima e información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.²

¹ Páginas 5 a 15 archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 3 a 22 archivo 17 del expediente digital.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá

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 régimen pensional del demandante al RAIS fue 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 condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que el demandante, 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 traslado es nulo. Agrega que en el presente caso, no se dan los supuestos necesarios para declarar la nulidad e ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del mismo.

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.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.³

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos, manifestó que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso, ya que los hechos son ajenos a la entidad. Sostiene que el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Porvenir S.A., por lo tanto no puede tenerlo como afiliado, ni recibir ningún aporte; además, que siempre ha actuado ajustada a derecho.

³ Páginas 1 a 8 archivo 19 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el actor del RPM al RAIS el día 22 de agosto del año 1995, y como consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, rendimientos, y si ya obra, el bono pensiona, a Colpensiones, y a su vez, que esta entidad active una afiliación para el demandante, reciba dichos recursos, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS; no condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que el traslado se efectuó sin que transcurriera el término mínimo de permanencia de 3 años, pues desde el 1º de abril de 1994, el afiliado contaba con la posibilidad de escoger o elegir régimen pensional, debiendo permanecer en el respectivo régimen por dicho lapso, sin embargo, procedió a afiliarse a la AFP Porvenir en el año 1995, por lo que es claro que el traslado del demandante a dicha sociedad es ilegal. Añadió 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación parcial con respecto a la negativa del traslado de la totalidad de la cotización, aduciendo para el efecto, que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto, acotando que en el caso de los afiliados, los fondos de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros. Afirma que, esta declaración obliga a las entidades del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias entidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos costos han debido ingresar al RPM. En otros términos, la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos, en virtud de ello, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico, por lo tanto, el restablecimiento debe ser pleno o completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización del afiliado, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, anulación de bonos pensionales, rendimientos, porcentaje destinado al pago de seguros pensionales y 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 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 GONZÁLEZ PÁEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el Juzgado de Conocimiento, expuso que una de las razones para declarar la ineficacia de traslado, consistía en que el demandante se vinculó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. desconociendo el término mínimo de permanencia previsto en el texto original del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la Sala de Decisión en primer lugar abordará tal consideración, que se relaciona con la figura de la multivinculación, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Para el efecto, ha de recordarse que de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, la multivinculación se presenta cuando una persona cambia de régimen o de administradora antes de los términos legales previstos, de ahí que, en caso de incumplirse con esta regla, la misma norma señala que “*será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales*”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a este tema en la sentencia CSJ SL4777-2017, indicó:

“[...] desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte”.

Teniendo en cuenta que el demandante diligenció el formulario de solicitud de vinculación ante la AFP Porvenir S.A. el 22 de agosto de 1995, como da cuenta el formulario de afiliación (página 23 archivo 17 ED), se tiene que la norma aplicable para resolver el caso de multivinculación es el Decreto 692 de 1994, el cual estableció en su artículo 4º, en relación con la elección del régimen de prima media con prestación definida por parte de los servidores públicos que, *“Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.”*

Por manera que, si bien el artículo 3º del mencionado decreto establece que a partir del 1º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones *“deberán”* seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del RPMPD o el RAIS, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, lo cual tuvo por finalidad prevenir casos de multiafiliación.

En este orden de ideas, de acuerdo con los certificados laborales allegados al informativo (página 44 archivo 01 del expediente digital), y los hechos de la demanda que no fueron objetados, se tiene que el señor GERARDO GONZÁLEZ PÁEZ se encontraba vinculado a Cajanal desde el 17 de enero de 1984 y hasta el 31 de julio de 1995, por lo que, en ejercicio de su derecho de elección, podía escoger el régimen pensional que se ajustara a sus necesidades, sin ninguna restricción legal, después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

De ahí que, si bien el Juzgado de Conocimiento consideró que la posibilidad de efectuar la vinculación inicial por parte del demandante, tenía lugar desde el 1º de abril de 1994, tal argumento no resulta atendible, conforme a la normatividad referenciada y a los hechos probados; siendo diáfano que no se presentó una multivinculación, y por lo tanto, no es viable indicar, como lo hizo el A quo, que la afiliación al RAIS es ilegal por este hecho. De modo que, se procederá a analizar si se presenta una ineficacia de traslado por omisión en el deber de información, como el fallador de primer grado lo refirió en su sentencia, de manera alternativa.

INEFICACIA DE TRASLADO

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 al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado 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 **PORVENIR S.A.** (página 23 Archivo 17 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 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 demandante fue claro en indicar que se trasladó al RAIS porque unas asesoras de Porvenir le informaron que Cajanal iba a desaparecer, aunado a que le ofrecieron unas garantías para obtener una mejor pensión, sin explicarle los beneficios y características del régimen (Min. 12:40 - 30:50 archivo de audio y video 26 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 parte actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, generados a su favor

durante el tiempo en que estuvo vinculado al RAIS, pues aunque nunca estuvo afiliado al otrora ISS, no puede pasarse por alto que existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimana como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración que reclama Colpensiones, 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 del *A quo* de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros. Sin embargo, el *A quo* omitió referirse a los gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así

como 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 deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado, 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, en atención a lo petitionado por Colpensiones en su alzada.

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 cobró la 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). 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, contruidos 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.

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:

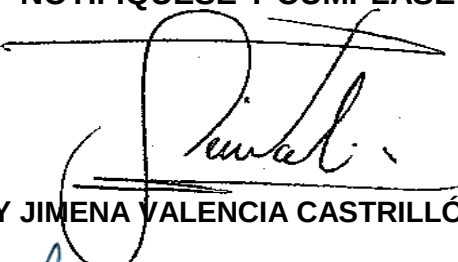
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia del 10 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que el demandante estuvo afiliado 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

pensionadREPÚBLICA 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:	11001-31-05-018-2020-00267-01
DEMANDANTE:	RIGOBERTO VILLAMIL SUÁREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 18 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 18 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RIGOBERTO VILLAMIL SUÁREZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-018-2020-00267-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó con la AFP Porvenir S.A., por cuanto no existió una decisión informada, ni de manera libre y voluntaria; como consecuencia de ello, condenar a la AFP Protección S.A., a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos con destino a Colpensiones; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión en el RPM, aceptando y recibiendo 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 17 de agosto de 1958 y estuvo afiliado al RPM desde el 3 de agosto de 1982. Que se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 1º de noviembre de 1995, sin que la administradora le brindara la información adecuada y completa acerca del RAIS, toda vez que le brindó información sobre las ventajas de dicho régimen, pero en ningún momento sobre las desventajas del mismo, ni le informó sobre las características, condiciones y diferencias frente al RPM. Que el 1º de abril de 2004, se trasladó horizontalmente hacia la AFP Protección S.A., entidad que al momento de la afiliación del actor no le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS. Que radicó reclamación administrativa ante Colpensiones, en la que solicitó la nulidad de traslado a la AFP y reactivación de la afiliación en el RPM, sin haber recibido contestación a la fecha. Que, igualmente, radicó solicitud de anulación de la afiliación ante los fondos privados, recibiendo respuesta únicamente de la AFP Protección S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

¹ Páginas 5 a 23 archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 4 a 31 archivo 08 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación. Preciso que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente. Añade que, resulta inverosímil que el demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta después de más de 22 años de encontrarse afiliado y después de acreditar menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, que decide solicitar nuevamente el traslado de regímenes, aduciendo engaño por parte de la AFP.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe 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 a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., en el año 1995, 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 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 términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Añade que,

³ Páginas 2 a 31 archivo 07 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

se le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, y que le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.⁴

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, toda vez que al observar el formulario de vinculación que suscribió el actor, dicho acto se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Afirmó 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 de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1995, respetando el derecho a la libre selección 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, el cual cumple todas las formalidades del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse a la AFP Protección.

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, 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

⁴ Páginas 3 a 30 archivo 09 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante; ordenó a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, quien deberá reactivar la afiliación del actor en el RPM y recibir todos los dineros que le fueren trasladados; declaró no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones y condenó en costas a las AFP accionadas.

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; 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 parcial aduciendo para el efecto, debe modificarse el numeral segundo de la sentencia recurrida, por cuanto la Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias, entre ellas, la SL 775595-2017, la SL 4189 del 2018 y la SL 1421 del 2019, manifiesta que cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de cuenta de ahorro individual, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima,

los rendimientos, anulación de bonos pensionales, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, todo eso a cargo de los recursos propios de cada AFP demandada.

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 RIGOBERTO VILLAMIL SUÁREZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLPATRIA 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 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 los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLPATRIA** hoy **PORVENIR 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 adocinado 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, supuesto 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 COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** (página 81 Archivo 07 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y posteriormente ante la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (página 43 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 al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 que 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 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 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 les 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 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 demandante fue claro en advertir que se trasladó al RAIS porque en una reunión grupal que se llevó a cabo en las oficinas donde laboraba hacia el año 1995, asesores de la AFP Porvenir S.A. le dijeron que tendría una cuenta de ahorro individual y que sobre los aportes se iban a recibir unos dividendos, lo cual le pareció muy atractivo, siendo esa la principal razón por la cual optó por firmar el traslado de fondo, pero que no le explicaron cuáles eran las consecuencias de dicho acto jurídico. Que le mencionaron el bono pensional y le hablaron sobre los aportes voluntarios (Min. 19:42 - 40:20 archivo de audio y video 22 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 parte actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos.

Ahora bien, frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración aducida por Colpensiones, 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:

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

“(…) 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 PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros. Sin embargo, la A quo omitió referirse a los gastos de administración y comisiones, 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 las 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, 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 así lo petitionó Colpensiones en su recurso de alzada.

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 cobró cada AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte 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, contruidos 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.

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:

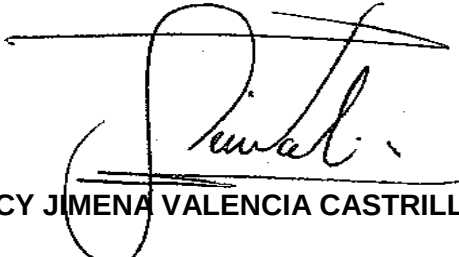
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 18 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima cobrados por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada 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:	11001-31-05-022-2011-00510-01
DEMANDANTE:	MARTHA OFELIA CASTAÑO BOGOYA
DEMANDADO:	ISS HOY COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 1º de marzo de 2012
JUZGADO:	Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de Invalidez
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior del 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 concedido a favor de la demandada respecto de la sentencia del 1º de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA OFELIA CASTAÑO BOGOYA** contra el **ISS** hoy **COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-022-2011-00510-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 25 de febrero de 2008, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, 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 fue calificada con una PCL del 62,15%, con fecha de estructuración 25 de febrero de 2008. Que hasta dicha data cotizó un total de 284 semanas, de las cuales 157 fueron cotizadas dentro de los últimos 3 años, tal y como lo manifestó el ISS en la Resolución 36619 del 6 de agosto de 2009, mediante la cual le fue negada la pensión de invalidez que solicitó, por no acreditar el requisito de fidelidad previsto en la Ley 860 de 2003, aun cuando fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009. Que por decisión proferida por el Juez de tutela, el otrora ISS mediante Resolución 9790 del 8 de octubre de 2009, le reconoció la prestación económica solicitada por un término de 4 meses y sin el pago del correspondiente retroactivo pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando en síntesis que, la parte activa no cumple la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, cosa juzgada, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica.

¹ Páginas 4 a 15 archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 56 a 60 archivo 01 del expediente digital.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de marzo de 2012, condenó a la demandada a reconocer a favor de la actora la pensión de invalidez, a partir del 25 de febrero de 2008, de forma vitalicia, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, junto con las mesadas y aumentos legales; condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la actora el retroactivo pensional conformado por las mesadas causadas desde el 25 de febrero de 2008 hasta el 30 de abril de 2010, debidamente indexado al momento del pago; absolvió a la llamada a la acción de las demás pretensiones; declaró parcialmente probada la excepción de buena fe propuesta por la pasiva y le condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo*, después de hacer referencia a la normatividad y a la jurisprudencia constitucional que desarrollan la pensión de invalidez, que la actora no debe cumplir con el requisito de fidelidad al Sistema General de Pensiones, consagrado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, porque fue declarado inexecutable en la sentencia C-428 de 2009. Añadió que si bien dicha decisión fue posterior a la estructuración de la invalidez, tal requisito vulnera el principio de progresividad de los derechos laborales, el cual está erigido a rango constitucional, por manera que procede el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de la activa, de manera definitiva, es decir, desde el 25 de febrero de 2008, por reunir la densidad de semanas exigida por la ley, en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Añadió que como la actora se encuentra incluida en nómina de pensionados desde el 1º de mayo de 2010 mediante acto administrativo que dio cumplimiento al fallo de tutela, el retroactivo pensional causado se encuentra conformado únicamente por las mesada pensionales generadas desde el 25 de febrero de 2008 al 30 de abril de 2010, el cual debe ser indexado al momento de su pago, pues no es procedente el reconocimiento a los intereses moratorios, porque la demandada actuó de buena fe, al cumplir la normatividad que estaba vigente, cuando negó el derecho pensional de la demandante.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandada, 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 adversa a la entidad, y por virtud del auto proferido por el Juzgado de Conocimiento el 7 de febrero de 2023, mediante el cual declaró la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la sentencia, por haberse omitido surtir dicha consulta una vez esta fue proferida (Archivo 23 ED).

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.

CONSIDERACIONES

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 concedido a favor del ISS hoy Colpensiones, 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 la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 25 de febrero de 2008.

No se presenta discusión en esta instancia que a la demandante le fue definida una pérdida de capacidad laboral del 62,15%, por enfermedad de

origen común, con fecha de estructuración 25 de febrero de 2008, lo cual además se corrobora en las documentales obrantes a páginas 20 a 23 archivo 01 del ED. Adicionalmente, se encuentra demostrado que mediante Resolución 009790 del 20 de abril de 2010, el otrora ISS, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 12 de noviembre de 2009, reconoció a favor de la activa la pensión de invalidez desde el 1º de mayo de 2010, en cuantía inicial de \$515.000, cuyo pago lo extendió por un período de 4 meses, esto es, hasta el mes de septiembre de 2010 (páginas 44 a 48 archivo 01 del ED). También se encuentra acreditado que la demandante cotizó un total de 282 semanas, de las cuales 157 fueron cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, como se menciona en el acto administrativo en referencia.

Así las cosas, procede esta Colegiatura a efectuar el estudio del problema jurídico planteado, para lo cual se hace necesario determinar la norma aplicable al caso de autos, por lo que ha de recordarse que en tratándose de la pensión de invalidez se debe tomar como regulación a seguir, la norma vigente al momento de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral (Sentencia de enero 27 de 2004, Exp. 21071, MP. Dr. Luis Javier Osorio López), que para el caso de autos, no es otra diferente a la Ley 860 de 2003 que su artículo 1º estipula:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.

Sobre la normatividad seguida en líneas precedentes, la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 2009 declaró inexecutable el aparte normativo que exigía la fidelidad al Sistema, por resultar lesivo al principio de

la progresividad de los derechos sociales constitucionales y la prohibición de regresividad, especialmente, en tratándose de materias de seguridad social, por manera que para efectos del reconocimiento pensional reclamado, no ha de exigirse el requisito de fidelidad del sistema originalmente previsto en la norma aplicable, aun cuando la sentencia en referencia es posterior a la fecha de estructuración de la invalidez, porque la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL8615-2017 indicó que los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por ser abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la C.P., especialmente, con el principio de progresividad y no regresividad, todo ello como una expresión del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Carta Política.

Por tanto, el único requisito exigible para acceder a la pensión de invalidez perseguida, corresponde a las 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que sí completó la señora CASTAÑO BOGOYA, como así quedó establecido en los hechos probados, siendo por tanto procedente el reconocimiento de la prestación desde el 25 de febrero de 2008, fecha de estructuración de la invalidez, según lo estableció el A quo, y hasta tanto permanezca su estado de invalidez, ya que este tipo de pensión no tiene el carácter de vitalicia, al estar sujeta a revisión, y por lo mismo, se modificará la decisión consultada sobre este aspecto, pues el Juzgado la reconoció de manera vitalicia.

En cuanto al monto de la misma, habrá de decirse que al ser fijado por el Juzgado de Conocimiento en valor equivalente al SMLMV, este no está llamado a ser modificado, toda vez que fue definido en el valor mínimo previsto en la Ley 100 de 1993, no pudiendo la Sala realizar variación en contra de la entidad accionada, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Finalmente, en punto a las mesadas pensionales adeudadas, se tiene que en efecto, la demandada se encuentra obligada a reconocer aquellas generadas desde el 25 de febrero de 2008 hasta el 30 de abril de 2010, toda vez que en cumplimiento de la orden impartida por el Juez de tutela, la

prestación de la demandante fue incluida en nómina desde el 1º de mayo de 2010, como emana de la Resolución 009790 del 20 de abril de 2010 (páginas 87 a 91 ED), aunado a que se continuó pagando a su favor, por disposición de la Resolución 026527 del 2 de septiembre de 2010 (páginas 75 a 76 archivo 01 del ED), sin que además, haya operado sobre las mesadas adeudadas el fenómeno de la prescripción formulado por la encartada, como quiera que la reclamación administrativa fue elevada por la actora el 14 de noviembre de 2008, misma que fue resuelta mediante la Resolución 036619 del 6 de agosto de 2009 (páginas 145 a 146 archivo 01 del ED), y la demanda se radicó el 21 de julio de 2011 (página 52 archivo 01 del ED).

Conforme a lo anterior se modificará la decisión aquí estudiada. 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:

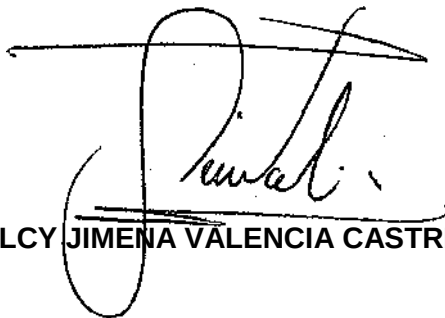
PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia del 1º de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de invalidez a partir de del 25 de febrero del 2008 y mientras permanezca su estado de invalidez, sin que en ningún caso pueda ser inferior al SMLMV, junto con los respectivos aumentos legales y mesadas adicionales, sumas estas que deberán ser debidamente indexadas hasta el momento en que se verifique su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: 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:	11001-31-05-023-2021-00572-01
DEMANDANTE:	LUZ GRACIELA PINILLA LÓPEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia 2 de febrero de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de marzo 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, AFP SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia del 2 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ GRACIELA PINILLA LÓPEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP SKANDIA Y PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-023-2021-00572-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado al RAIS que realizó a la AFP PORVENIR S.A. y posteriormente a la AFP SKANDIA S.A. y como consecuencia se declare que la demandante está válidamente afiliada al RPM. Solicita se ordene a las AFP demandadas trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y se declare que es beneficiaria del régimen de transición por lo que solicita se reconozca y pague la pensión de vejez y el retroactivo correspondiente, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas y gastos del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 6 de agosto de 1961 y se afilió al ISS el 29 de mayo de 1980 hasta el 13 de abril de 2000, fecha en que se afilió a PORVENIR S.A. y posteriormente a SKANDIA S.A. el 1º de septiembre de 2012, afiliaciones en las que no se dio la información necesaria por lo que no son válidas.

Manifiesta que la demandante debe estar afiliada a COLPENSIONES en el RPM y que el 5 de octubre de 2021 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES con respuesta de fecha de la misma fecha.

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 o no son ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la

¹ Archivo 01 del expediente digital.

² Archivos 7, 9 y 11 del expediente digital.

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, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 para quienes consolidaron su derecho en el RAIS, prescripción y la innominada o genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.³

La demandada SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones formuladas la demanda; aceptó los hechos manifestó que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros – gastos de administración, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demandada, manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

³ Archivo 6 y 8 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de febrero de 2023, dispuso DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante LUZ GRACIELA PINILLA LÓPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y por ende a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Condenó a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 13 de abril de 2000 y el 31 de agosto de 2012, con motivo de la afiliación de la demandante LUZ GRACIELA PINILLA LOPEZ, 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, incluyendo la devolución de los gastos administración, 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. Autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP SKANDIA, con ocasión al traslado solicitado por la demandante, y que tuvo efectividad el 1 de septiembre de 2012. Condenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante LUZ GRACIELA PINILLA LOPEZ, 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, incluyendo la devolución de los gastos administración, 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.

Condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la demandante LUZ GRACIELA PINILLA LÓPEZ en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen, y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y a favor de la demandante LUZ GRACIELA PINILLA LOPEZ.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un 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 este deber. Consideró que conforme al interrogatorio de parte la demandante al momento del traslado no se acreditó que hubiera recibido 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. Condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiese retirado y actualizar su historia laboral conforme a las semanas cotizadas al RAIS. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda por cuanto la demandante no acreditó haber cumplido el requisito de semanas con la documental que obra en el proceso. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que no se le puede ordenar a

COLPENSIONES recibir nuevamente a la demandante, teniendo en cuenta que esta entidad surge como un tercero de buena fe, que desconoce los términos en los cuales se dio la asesoría o el traslado de la demandante y para el momento del traslado era necesario únicamente la presentación del formulario, ya que no existían otras normas al respecto. Que del acervo probatorio se advierte que la demandante aún desconoce la diferenciación entre los dos regímenes pensionales.

SKANDIA S.A. solicita se revoque la decisión por cuanto la demandante ya venía afiliada a PORVENIR S.A. por lo que ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS y al momento contaba con 51 años de edad, por lo que ya no podía trasladarse a COLPENSIONES y solicita se le absuelva de la condena en costas, pago de gastos de administración, seguros previsionales y demás, pues estos fueron creados por la ley y su devolución genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, mientras el fondo cumplió con generar rendimientos para la cuenta de ahorro individual.

PORVENIR S.A por su parte, indicó que no comparte los efectos jurídicos de la sentencia respecto de la condena a la devolución de sumas indexadas establecida en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia. En primer lugar, porque resulta improcedente, toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que también se están ordenando devolver, teniendo en cuenta que se condena a su representada dos veces por el mismo rubro. Precisó que teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro de cada uno de los afiliados, resulta incompatible con la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por la inflación.

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 LUZ GRACIELA PINILLA LÓPEZ al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PORVENIR S.A. y a SKANDIA 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 raditaciones 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 adocinado 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. el 12-04-00 (archivo 8 f. 82) y a SKANDIA S.A. el 25 de julio de 2012 (f. 22 Archivo 06), 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 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 que es contadora pública, empedrada de ECOPETROL, y respecto al traslado manifestó que laboraba en una CAJA DE COMPENSACIÓN - CONFAMBOY, no le dieron ninguna información respecto a los fondos privados, ella no llenó el formulario, no hubo reunión, era la contadora y manejaba una IPS. En cuanto al traslado de fondo a SKANDIA S.A. no recuerda el traslado, pero cree que fue porque le ofrecieron un beneficio mejor que en el otro fondo, pero que no le dieron información sobre la cuenta de ahorro individual ni de cómo sería la forma de liquidar la pensión. (Min. 10:07 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.

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, acarreado 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 y porcentaje para la garantía de pensión mínima; incluso respecto de los fondo a los que anteriormente estuvo afiliada la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos 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, contruidos 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 las recurrentes **COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.** 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 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: CONFIRMAR la sentencia del 2 de febrero de 2023, 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, SKANDIA S.A. 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

(En uso de permiso)

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:	11001-31-05-028-2020-00279-01
DEMANDANTE:	SALVADOR FONSECA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 20 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de vejez
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 parte actora señor **SALVADOR FONSECA**, respecto de la sentencia del 20 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SALVADOR FONSECA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-028-2020-00279-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES a partir del 11 de septiembre de 2006 computando los tiempos de servicios públicos y privados y el tiempo de servicio militar. Solicita se reconozca y pague igualmente, el retroactivo pensional, los intereses de mora, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 11 de septiembre de 1945 y prestó el servicio militar entre el 1º de abril de 1965 y el 30 de marzo de 1967 (104.14 semanas) que no se han tenido en cuenta por la demandada para el reconocimiento pensional.

Que los tiempos cotizados acumulan 1423 semanas y que le es aplicable al actor el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ya que al 31 de diciembre de 2014 contaba con 1193 semanas de cotización, entre tiempos públicos y privados por lo que tenía derecho a la pensión, pues conservaba el régimen de transición por tener al 31 de diciembre de 2014 un total de 850 semanas cotizadas. También. Manifiesta que cumple con 1423 semanas al 30 de septiembre de 2018, por lo que reúne los requisitos de la Ley 100 de 1993.

Indica que mediante Resolución 57035 de 2008 el ISS le reconoció la indemnización sustitutiva en cuantía de \$5.058.006 basada en 767 semanas cotizadas.

Que solicitó el reconocimiento de la pensión el 6 de marzo de 2019 lo que fue negado mediante Resolución SUB247965 del 10 de septiembre de 2019, contra la que interpuso los recursos de reposición y apelación que fueron resueltos en forma negativa mediante las Resoluciones SUB289989 del 27 de octubre de 2019 y DPE14032 del 4 de diciembre de 2019, con lo que se agotó la reclamación administrativa.

¹ Archivo 01 Fs.2 a 6.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación. Absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó la juez de primera instancia que, conforme al reporte de semanas de cotización actualizado al 3 de marzo de 2022, el actor contaba con 899 semanas cotizadas entre el 1º de abril de 1965 y el 30 de noviembre de 2008, para la fecha en que solicitó la indemnización sustitutiva (20 de octubre de 2008), por lo que no cumplía con los requisitos para adquirir la pensión de vejez pese a ser beneficiario del régimen de transición.

Observó que con posterioridad continuó cotizando hasta el 31 de julio de 2020 para un total de 407,14 semanas, las que ahora solicita se tengan en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que tuvo en

² Archivo 9 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

cuenta la sentencia 35896 del 7 de julio de 2009 que resolvió un caso similar y conforme a la cual no procede la sumatoria de las cotizaciones que se contabilizaron para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva con las cotizaciones posteriores, para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, por cuanto la indemnización sustitutiva se reconoció previa solicitud del demandante ante la imposibilidad de continuar cotizando.

Citó la sentencia SL84198 del 30 de marzo de 2022 para señalar que procede afirmar que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva excluye la contingencia de vejez, pero el asegurado permanece protegido frente a las contingencias de invalidez y muerte conforme lo han indicado la jurisprudencia entre ellas, la sentencia SL30123 del 20 de noviembre de 2007 y la sentencia T-307 de 2021.

Así las cosas, consideró que no era procedente tener en cuenta los aportes realizados con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva para el reconocimiento de la pensión de vejez, pero sí para la pensión de invalidez o sobrevivientes, pues la indemnización sustitutiva se reconoció por voluntad propia del afiliado y no por un error de la administradora de pensiones.

En cuanto a los tiempos públicos, señaló que COLPENSIONES tuvo en cuenta estos tiempos conforme a las Resoluciones expedidas por la demandada y pese a ello el actor no cumplió con las semanas exigidas en la Ley 71 de 1988 o en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, condenó en costas a la parte actora y ordenó la consulta en favor del afiliado.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que debe tenerse en cuenta que la pensión de vejez y la

indemnización sustitutiva de conformidad con el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, tienen por objeto garantizar las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones que allí se determinan, por lo que se debe mirar cual fue la intención del trabajador cuando acudió a la entidad para solicitar la prestación, pues no era otra, que continuar cotizando al sistema general de pensiones, respecto de lo que no hay prueba de que se hubiere desafiliado cuando se le reconoció la indemnización sustitutiva en el 2008 que fue reliquidada en el 2011, ya que esta indemnización no se genera en forma automática sino que depende de la voluntad del afiliado quien debe manifestar su voluntad de retirarse del sistema con las consecuencias propias de ello. Además, para el momento en que el actor recibió la indemnización, no existía esa posición jurisprudencial y no obra prueba de que el actor hubiera manifestado que su intención era retirarse del sistema sino que el ISS se la reconoció de manera oficiosa, mientras que el actor siempre se mantuvo activo en el sistema y no fue desafiliado, ni se dio inicio a una nueva afiliación, por lo que no le es aplicable la jurisprudencia citada, para lo que resalta que el demandante desconocía las consecuencias de la decisión que tomaba el ISS.

Por otra parte, reiteró que conforme a las Resoluciones aportadas había cotizado un total 899 semanas para el momento en que se reconoció la indemnización sustitutiva y continuó cotizando hasta el 31 de julio de 2020 con 429 semanas adicionales para un total de 1314,61 semanas por lo que tiene cumplidos los requisitos para la pensión de vejez.

Además, el actor era beneficiario del régimen de transición y contaba con 750 semanas a la fecha de vigencia del Acto Legislativo No 1 de 2005 por lo que le son aplicables las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y cumplía los requisitos para el reconocimiento de la pensión conforme al régimen de transición.

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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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 el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez no obstante que recibió previamente la indemnización sustitutiva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que no ha sido objeto de discusión en este asunto, la edad del demandante o el número de semanas cotizadas antes del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, como tampoco el número de semanas de cotización efectuadas con posterioridad.

Lo que es objeto de controversia es si es procedente reconocer la pensión de vejez no obstante que el actor percibió en el año 2008 la indemnización sustitutiva, y si es aplicable al caso en estudio, el precedente jurisprudencial que ha citado la sentencia de primera instancia.

Lo primero que se observa es que, conforme a las Resoluciones aportadas con la demanda y el expediente administrativo, es claro que se encuentra agotada la reclamación administrativa frente a COLPENSIONES.

El artículo 37 de la ley 100 de 1993 señala:

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

«Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.»

En consecuencia, para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva el solicitante debe haber cumplido la edad requerida para la pensión de vejez, no haber cotizado el mínimo de semanas exigidas y que declare su imposibilidad o decisión de no continuar cotizando; toda vez que libremente puede escoger, entre seguir cotizando hasta completar el mínimo de semanas requeridas o tomar la decisión de no continuar cotizando.

La sentencia SL-1075 de 2022 proferida por la CSJ indicó:

“Así pues, al analizar los supuestos del caso concreto, se tiene que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que preveía el artículo 14 del Acuerdo 049 de 1990, fue subrogada por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, sin que se consagrara la prohibición de una nueva inscripción al sistema, como lo contemplara la norma subrogada; de otro lado, se advierte que la estructuración y reconocimiento de la indemnización sustitutiva a la demandante, tuvo lugar el 26 de enero de 1998, la cual fue cancelada en el mes de febrero de la misma anualidad, de modo que su situación se regula íntegramente al amparo de la citada ley.

En consecuencia, lo que procede afirmar, es que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, lo que excluye es la protección a esa misma contingencia, esto es la de vejez, pero no se opone a que el afiliado permanezca asegurado para otro tipo de contingencia, como la invalidez o la muerte, conforme lo precisara la Corte en sentencia CSJ SL, 20 nov. 2007, rad. 30123 y, en consecuencia, deba realizar aportes ante una posterior vinculación laboral con el fin de mantener su amparo y acceder al reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en dicho estatuto, cuyo disfrute está sujeto precisamente al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, acreditar un número determinado de semanas en un lapso de tiempo cercano a la ocurrencia del hecho generador de la invalidez o la muerte, es decir, 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al suceso. Tal referente jurisprudencial de la Sala Laboral de esta Corporación, fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional, para resolver una acción de tutela sobre

esta misma temática, en la que a través de la sentencia T-307-2021, prohijó la línea de pensamiento que aquí se reitera”.

Por su parte, la sentencia SL-35896 del 7 de julio de 2009, expresó:

“La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones. No comprende entonces, casos como el sub lite en el que se pretende que se declare la existencia del derecho a la pensión de vejez, sumándole un número importante de cotizaciones a las que se compensaron con la indemnización sustitutiva, y cotizadas después de haberse solicitado y recibido esta última prestación. Según aparece en el texto de la Resolución N° 001961 de 25 de febrero de 2002, el actor presentó petición de indemnización sustitutiva, previa declaración de la imposibilidad de seguir cotizando, la cual le fue concedida en esa fecha”.

Conforme a ello, recibir la indemnización sustitutiva impide seguir cotizando para pensionarse por vejez, pero no para las demás contingencias, aunque no impide reclamar la pensión si se demuestra que el afiliado tenía el derecho y que por desconocimiento o error solicitó la indemnización sustitutiva y no la pensión de vejez, caso en el cual lo que se haya pagado por indemnización sustitutiva se descuenta de la pensión de vejez que se reconozca, por lo que se pasa a revisar la documental aportada, a fin de establecer si el actor tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, para el momento en que se reconoció la indemnización sustitutiva, o si la indemnización sustitutiva se solicitó por desconocimiento o por error.

La Resolución DPE14032 del 4 de diciembre de 2019 (expediente administrativo GRF-AAT-RP-2019-130032308) menciona que el actor solicitó ante el ISS el día 20 de octubre de 2008 la solicitud para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva-

En el expediente administrativo (archivo GEN-REQ-IN 3002676 expediente administrativo), se observa que el 23 de febrero de 2010 el actor solicitó la reliquidación de la indemnización sustitutiva, la que en esa

oportunidad fue reliquidada mediante Resolución 009832 del 23 de marzo de 2010 tomando en cuenta 30 semanas que no habían sido contabilizadas en la Resolución anterior y en el archivo (GRF-REP-AF-2017-6758320) obra una petición del actor de fecha 13 de junio de 2017, en la que solicita la reliquidación de la indemnización sustitutiva, radicada el 30 de junio de 2017.

Además, en la Resolución SUB137650 del 27 de julio de 2017 (fs. 61-67 archivo 1) se menciona que el señor SALVADOR FONSECA solicitó el 30 de junio de 2017 la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la que fue radicada bajo el No. 2017_6758320, en los siguientes términos:

“Se reliquide el monto o quantum de la reliquidación de la pensión de jubilación de conformidad con los parámetros legales antes transcritos, por ser el que es aplicable al caso sub judice, conforme al monto base de liquidación, de acuerdo a los establecimientos jurídicos para el sector público. Al caso concreto corresponde de \$29.245.483 atendiendo a los factores reales de la liquidación de mi pensión de acuerdo al número de semanas cotizadas”

Conforme a esta solicitud, COLPENSIONES expidió la Resolución antes mencionada y tuvo en cuenta las semanas cotizadas hasta el 31 de julio de 2012 (851 semanas) y reliquidó la indemnización sustitutiva en cuantía de \$1.789.439

A folios 14-19 archivo 1, obra la Resolución SUB247965 del 10 de septiembre de 2019, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante por no cumplir los requisitos para ello y en ella se indicó que por medio de la Resolución No. 57035 de 2008 se había reconocido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$5.058.006 que fue reliquidada por medio de la Resolución 9832 de 2011 en un valor de \$398.426 basada en 30 semanas de cotización que no se habían tenido en cuenta y posteriormente por Resolución SUB137650 del 27 de julio de 2017 nuevamente la reliquidó tomando como base 851 semanas para un cuantía de \$1.789.439.

En el mismo sentido se manifestó la Resolución SUB289989 del 22 de octubre del 2019 (f. 27 archivo 1) en la que, además, indicó que para el 1º de diciembre de 2008 el actor contaba con 899 semanas cotizadas y que las cotizaciones efectuadas con posterioridad eran susceptibles de devolución al afiliado.

En la Resolución DPE14032 manifestó COLPENSIONES que se tuvo en cuenta el tiempo de servicios prestado al Ejército Nacional y reiteró lo indicado en las anteriores Resoluciones respecto al incumplimiento de los requisitos para la pensión y confirmó la Resolución SUB247965 del 10 de septiembre de 2019 que negó el reconocimiento pensional.

Conforme a la documental relacionada, no existió un error de parte de la Administradora de Pensiones, ni se reconoció la indemnización sustitutiva de forma oficiosa como se indicó en el recurso, sino que esta fue solicitada por el demandante libremente y además, solicitó en dos oportunidades su reliquidación, por lo que se aplica a su caso la jurisprudencia citada y en consecuencia, no se contabilizan para el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada, las semanas que cotizó con posterioridad.

Conforme a las Resoluciones mencionadas y a las diferentes historias laborales que obran en el expediente administrativo, el actor, para el 1º de diciembre de 2008 contaba con 796 semanas de cotización y para la entrada en vigor del Acto Legislativo No. 1 de 2005 contaba con 251 semanas cotizadas, y las 899 semanas que indica el recurrente fueron las que se reliquidaron tomando en cuentas las cotizaciones hasta el año 2012, por lo que no cumplía los requisitos para mantener el régimen de transición hasta diciembre de 2014 y en aplicación de la Ley 100 de 1993, como se mencionó anteriormente; no pueden contabilizarse las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, por lo que no cumple con la densidad de semanas necesarias para el reconocimiento de esta prestación.

Costas en esta instancia, a cargo de la parte actora. Se fija como
agencias en derecho 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,

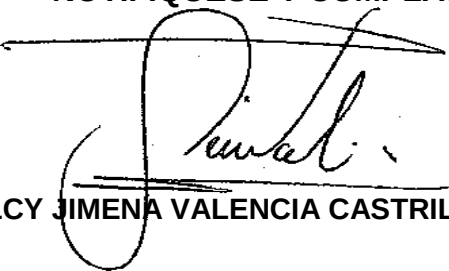
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de octubre de 2022,
proferida por el Juzgado Veintiocho 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 recurrente-
demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de 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:	11001-31-05-033-2021-00142-01
DEMANDANTE:	MIGUEL NÚÑEZ TORRES
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 1º de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 1º de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MIGUEL NÚÑEZ 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. **11001-31-05-033-2021-00142-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado desde el RPM al RAIS ante PORVENIR S.A. el 10 de marzo de 1995, así como la vinculación realizada ante COLFONDOS S.A. el 30 de enero de 2013; como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladarlo junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados, al RPM administrado por COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad en el RPM; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 15 de marzo de 1960; que laboró para el Departamento de Cundinamarca, y en virtud de ello, realizó cotizaciones a CAPRECUNDI del 15 de diciembre de 1.981 al 25 de julio de 1.982, además, se afilió al ISS desde el 3 de octubre de 1.984 hasta el 1º de marzo de 1.985. Que efectuó cotizaciones nuevamente a CAPRECUNDI desde el 28 de agosto de 1.985 hasta el 31 de diciembre de 1994. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 10 de marzo de 1.995, sin que la sociedad en mención le proporcionara una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS, comparados con las condiciones del RPM. Que el 30 de enero de 2013, fue afiliado a la AFP Colfondos S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para acceder a la ineficacia del traslado perseguida por el demandante, quien se encuentra válidamente vinculado al RAIS. Añadió que la afiliación a Colfondos S.A. se presentó en virtud de su derecho a libremente

¹ Páginas 1 a 17 Archivo 03 Expediente Digital

² Páginas 4 a 26 Archivo 07 Expediente Digital

escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, además los asesores de la AFP brindaron al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez 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, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada.

PORVENIR S.A.³

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el traslado del demandante fue completamente válido, al estar precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz, oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, resaltando que lo alegado por el externo activo corresponde a un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, aunado a que no se aporta prueba de vicio del consentimiento.

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.

³ Páginas 2 – 22 Archivo 08 Expediente Digital

COLPENSIONES⁴

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 alguna de que efectivamente al 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 protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, 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 el 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 1º de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante el 10 de marzo de 1995 ante la AFP Porvenir S.A. y a su vez, que actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al RPM administrado por Colpensiones; ordenó a COLFONDOS S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, a que haya lugar; ordenó a Colpensiones

⁴ Páginas 2-39 Archivo 09 Expediente Digital

recibir el valor de las sumas descritas, así como activar la afiliación del actor al RPM e integrar en su totalidad su historia laboral; condenó a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de Garantía Mínima y debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, de manera proporcional al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de dichos fondos. Al momento de cumplirse la orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y deberán ser pormenorizados por ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por Colpensiones; conminó a Colpensiones a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración de ineficacia y condenó a costas a Porvenir S.A., Colpensiones y Colfondos 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 al 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, argumentó que el traslado de régimen pensional se realizó por el demandante de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se constata en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma pre impresa se encontraba autorizada por la ley. Dijo que no se ha valorado adecuadamente el interrogatorio de parte del convocante y las documentales obrantes en el *paginario*, pues la suscripción del formulario de afiliación como expresión de

la voluntad, no puede ser considerado como un requisito formal o una manifestación vacía sin ninguna consecuencia, menos aun cuando es una expresión inequívoca del demandante de afiliarse a la AFP Porvenir S.A., quien no presentó actuar omisivo ni doloso, como así lo manifestó el convocante en su interrogatorio de parte. Dijo que al actor durante años se le entregaron los actos de la cuenta de ahorro individual y en ningún momento presentó contravención con la gestión diligente realizada por la APF, en cuanto a la inobservancia del deber de información.

Adujo que trasladó a Colfondos las sumas de propiedad del demandante, por manera que no existen actualmente dineros en su poder, además, se está desconociendo la gestión de la pasiva con la orden de retornar gastos de administración, comisiones y sumas de la aseguradora, las cuales fueron descontadas en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, máxime que la encartada estaba convencida de que el actor se encontraba válidamente afiliado y debía recibirlo al suscribir el formulario de afiliación, conforme al artículo 112 de la normatividad *ejusdem*. Resaltó que la condena a la indexación es improcedente porque los gastos de administración y seguros previsionales fueron restituidos en su debido momento, aunado a que se encuentra incluida en los rendimientos financieros generados a su favor, los cuales son unos frutos ostensibles en su caso particular, que además permiten a Colpensiones asumir contingencias ante eventuales reconocimientos pensionales, conforme a la tesis expuesta por el Tribunal Superior de Cali.

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 arrojada 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 cargas 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 sobre la existencia de un vicio, e impone toda la carga a la AFP, pese a que conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1668 de 1995, solo se requería el formulario de afiliación para perfeccionar el traslado, el cual tiene plena validez al no ser objeto de tacha, de suerte que exigir obligaciones adicionales a las administradoras de fondos de pensiones desconoce 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 afiliado el demandante al RPM durante más de 27 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 el demandante se vería beneficiado con las cotizaciones que realizaron los demás afiliados durante toda su vida laboral, sin contribuir con los propios aportes, lo cual resulta contrario al principio de equidad y de eficacia pensional.

Indicó que el actor no estaba afiliado al RPM, por manera que si conforme a la jurisprudencia, la ineficacia de traslado implica retrotraer las cosas al estado en que se encontraban cuando se llevó a cabo el traslado, el convocante debe retornar a la Caja a la que estaba anteriormente afiliado, y no, a Colpensiones. Adujo que no es procedente la condena en costas, porque la entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado y ni siquiera estuvo afiliado al ISS en ese momento.

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 MIGUEL NÚÑEZ 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 la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 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 al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado 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 **PORVENIR S.A.** (página 138 Archivo 03 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente a la AFP **COLFONDOS S.A.** (página 153 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 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 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 las AFP demandadas 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 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 demandante fue claro en referir que cuando trabajaba para la Gobernación de Cundinamarca el jefe de personal les indicó a los empleados que por orden del Gobernador de ese entonces, debían trasladarse de Caprecundi a un fondo de pensiones y simplemente diligenciaron el formulario que fue entregado al jefe de personal, aclarando que no estaba presente ningún asesor de Porvenir S.A. (Min. 13:09 – 28:21 archivo de audio y video 17 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 actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por las AFP del RAIS durante la permanencia del actor en dicho régimen, pues aunque no estaba afiliado al ISS a la data del traslado, sino a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca

Caprecundi, no puede pasarse por alto que conforme al artículo 34 del Decreto 692 de 1994, la administración del régimen de prima media corresponde al ISS hoy Colpensiones y a las Cajas de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994, mientras estas subsistan, quienes en todo caso no pueden recibir nuevos afiliados después de dicha data, por tanto, el convocante debe retornar al RPM a través de la demandada Colpensiones.

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, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a 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 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 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 cobró la 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). 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, contruidos 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 de la entidad de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de esta durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, 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 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 1º de febrero de 2023, 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:	11001-31-05-035-2021-00348-02
DEMANDANTE:	LUIS FELIPE RAMÍREZ GIL
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 30 de enero 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 SKANDIA 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 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS FELIPE RAMÍREZ GIL** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-035-2021-00348-02**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare nulo o ineficaz el traslado realizado desde el RPM al RAIS a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., así como las vinculaciones posteriores realizadas a la AFP COLFONDOS S.A. y a la AFP SAKANDIA S.A.; como consecuencia de ello, se ordene a las AFP demandadas reintegrar a COLPENSIONES el 100% de las comisiones facturadas y gastos descontados de la cuenta de ahorro individual que hace parte del Fondo Obligatorio al que fue adherido regularmente; condenar a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES el total de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual, sin descontar comisiones por administración; condenar a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez una vez acredite la densidad de semanas y la edad mínima requerida; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicita que se ordene a las AFP demandadas a conceder el término de retracto del contrato, habilitando en consecuencia la posibilidad de traslado al RPM, así como conceder las demás pretensiones relacionadas con el traslado de los dineros del RAIS al RPM.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 9 de julio de 1962. Que cotizó al ISS del 1º de junio de 1988 al 1º de abril de 1994, pues a partir del mes de junio de 1994 se adhirió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., lo cual realizó porque el asesor comercial le indicó que en el RAIS podía pensionarse a cualquier edad, pero omitió documentar y explicar con suficiencia, amplitud y transparencia, las condiciones bajo las cuales se podría jubilar a cualquier edad y sobre todo explicar los efectos jurídicos del cambio de régimen pensional. Que en agosto de 1995 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, e igualmente, en noviembre de 2002 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A.; finalmente, el mes de octubre de 2002, se afilió a la AFP SKANDIA, sin que dichas administradoras le entregaran el reglamento obligatorio de pensión, ni le informaran sobre la posibilidad legal que aún tenía de trasladarse de régimen pensional, y en general omitieron realizar un análisis jurídico y económico de su situación pensional para que pudiera tomar una

¹ Páginas 1 a 29 Archivo 01 Expediente Digital

decisión informada y consciente de lo que significaba cambiar de régimen de pensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA ²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el actor al afiliarse a la AFP venía de estar vinculado a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y en COLFONDOS S.A., por ende ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes del régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 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 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 y la genérica.

COLFONDOS S.A.³

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la afiliación del actor se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS. Añadió que los asesores de la AFP brindaron al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en

² Páginas 1 a 24 Archivo 09 Expediente Digital

³ Páginas 1 a 17 Archivo 16 Expediente Digital

dicho régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez 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, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada.

PORVENIR S.A.⁴

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el traslado del demandante fue completamente válido, por cuanto brindó información pertinente y necesaria, así como en los posteriores traslados, razón por la cual es improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad o ineficacia de traslado.

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.

COLPENSIONES⁵

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 alguna de que efectivamente al 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 protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, 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 el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por

⁴ Páginas 2 – 22 Archivo 08 Expediente Digital

⁵ Páginas 1 - 46 Archivo 21 Expediente Digital

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 Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 30 de enero de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y en consecuencia, ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos en intereses junto con sus rendimientos; condenó a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiamiento de la pensión del demandante por gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció a cada fondo privado; condenó a COLPENSIONES a volver a afiliarse al demandante al RPM y recibir todos los aportes que este hubiese efectuado a Skandia S.A. y condenó en costas únicamente 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. Sobre la pensión

reclamada, dijo que en virtud de la ineficacia de traslado debe ser Colpensiones quien estudie la procedencia del reconocimiento y pago de la prestación reclamada, pues aún no ha tenido esa oportunidad, como quiera que el demandante se encuentra afiliado al RAIS desde el año 1994, por manera que a este le compete elevar la correspondiente solicitud ante la mentada entidad.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **SKANDIA** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que no es procedente la condena a título de gastos de administración, porque bajo los parámetros del Decreto 3995 de 2008 artículo 7º, no se contempla de manera taxativa que dichos dineros deben ser objeto de devolución, máxime que esa norma regula los traslados entre regímenes y guarda relación armónica con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, cuya finalidad fue cumplida en este caso, pues los dineros fueron invertidos para la correcta administración de la cuenta de ahorro individual del demandante. Adujo que en todo caso, tales rubros se encuentran afectados por la prescripción, toda vez que no financian la pensión de la activa y se trata de un rubro de naturaleza periódica.

La demandada **COLPENSIONES**, también interpuso recurso de apelación argumentando que debe darse aplicación al principio de inescindibilidad de la ley, por manera que, ha de echarse mano del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual establece las consecuencias que implica la falta en el deber de información. Dijo que durante 28 años el actor ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, conforme a los distintos traslados horizontales que realizó dentro del mismo, aunado a que conforme a su calidad profesional, no se trata de un afiliado lego. Añadió que conforme a las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, la Corte Constitucional desarrolló ampliamente la ineficacia de traslado y garantizó el derecho a la seguridad social de los afiliados del RPM, en el sentido que no es dable afectar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues se abandona el concepto de justicia material al permitir el retorno de personas que no han contribuido con sus aportes y que se benefician de las cotizaciones y costos asumidos por los afiliados del RPM. Solicitó que de confirmarse la decisión, se ordene a las AFP demandadas no realizar deducciones por concepto de seguros de invalidez y sobrevivencia y se autorice a Colpensiones obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen ante el eventual reconocimiento pensional.

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 LUIS FELIPE RAMÍREZ GIL 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 radicales 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 **COLPATRIA hoy 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 adocinado 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 **COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.** (página 29 archivo 14 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente ante PENSIONAR (página 39 archivo 09 ED),

COLFONDOS S.A. (página 18 archivo 16 ED) y SKANDIA como así lo acepta esta última sociedad, 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 las AFP demandadas 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 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 demandante fue claro en referir que se trasladó al RAIS en el año 1994 cuando estaba trabajando en Sistema Modulares de Oficina y como docente a la Javeriana, por disposición de su empleador. (Min. 22:48 – 39:32 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 el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por las AFP del RAIS durante la permanencia del actor 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 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 a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora. Sin embargo, el 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 en relación con todas las AFP convocadas al proceso, conceptos que además debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a cada administradora, 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»*”.

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 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). 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, contruidos 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 los términos expuestos, sin que ello incluya la petición de Colpensiones, en relación con autorizarla de ejercer acciones legales en caso de verificar la consumación de perjuicios en su contra, toda vez que ello constituye un derecho de la entidad dispuesto por el ordenamiento que puede ejercer, sin previa autorización judicial. Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA, 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 la sentencia del 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a las **AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA** a 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada entidad, 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 **SKANDIA**, 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:	11001-31-05-035-2021-00494-01
DEMANDANTE:	MARTHA YOLANDA ROZO MOGOLLÓN
DEMANDADO:	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFACUNDI
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 3 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Suspensión contrato de trabajo-acreencias laborales
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 **AMBAS PARTES** contra la sentencia del 3 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA YOLANDA ROZO MOGOLLÓN** contra **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-COMFACUNDI**, con radicado No. **11001-31-05-035-2021-00494-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare que la suspensión de su contrato de trabajo acaecida entre el 4 de mayo de 2020 y el 31 de agosto de 2020, fue ilegal, y por ende, no tiene ningún efecto; igualmente, que la terminación del vínculo laboral se dio por causa imputable al empleador; en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones

¹ Páginas 1-14 Archivo 01 del Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

legales, extralegales y demás acreencias laborales generadas durante el tiempo en que estuvo suspendido el contrato de trabajo, junto con la indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria o la indexación, sanción por falta de consignación de las cesantías, los perjuicios morales por valor de 150 SMLMV, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios personales a favor de la demandada desde el 7 de julio de 2014, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de Coordinador Odontológico IPS en la ciudad de Bogotá, teniendo como último salario básico la suma de \$3.976.075. Que el 27 de abril de 2020 la demandada le envió comunicación para acordar una suspensión del contrato de trabajo a través de una licencia no remunerada conforme al numeral 4º del artículo 51 del CST, frente a lo cual manifestó que estaría dispuesta a aceptar dicha licencia por un período máximo de 2 meses. Que la convocada suspendió su contrato de trabajo por licencia no remunerada desde el 4 de mayo de 2020 hasta el 31 de agosto de 2020, lo cual no tuvo soporte en las normas laborales, dado que la pandemia de la Covid 19 no constituye causal para el efecto. Que el contrato de trabajo se reanudó desde el 1º de septiembre de 2020 y prestó el servicio mediante la modalidad de trabajo en casa. Que tiene una situación especial de salud por su diagnóstico de hipertensión, sobre el cual su certificado médico ocupacional del 20 de octubre de 2020 indicó en concepto de aptitud, que por su patología presenta alto riesgo para Covid 19, sugiriendo continuar con trabajo remoto. Que en reunión virtual le notificaron que debía retornar a sus labores 100% presencial en la sede de la Calle 53. Que el 14 de diciembre de 2020 elevó solicitud ante la empleadora a fin que le informara sobre la necesidad de prestar el servicio de manera presencial en las instalaciones de la convocada, así como la indicación de las funciones asignadas, petición que fue reiterada el 21 de diciembre de 2020; sin embargo, no recibió respuesta alguna, y es por ello que, el 28 de diciembre de 2020 presentó renuncia motivada argumentando los constantes incumplimientos de la demandada frente a sus obligaciones contractuales, reglamentarias y legales, pues no veló por la seguridad y salud en el trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

² Páginas 2 a 33 Archivo 09 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

La pasiva se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que la suspensión del contrato de trabajo de la activa, tuvo lugar en los términos del numeral 4º del artículo 51 del CST, esto es, de común acuerdo y por medio de una licencia no remunerada, por manera que acaeció con el debido sustento legal requerido para su validez, y por cuanto la prestación de los servicios de salud oral, se redujo en un 95% debido a los decretos expedidos por el Ministerio de Salud, una vez fue declarado el estado de emergencia, con la llegada del Covid 19 y con ello, la pandemia, lo cual configuró una fuerza mayor para la entidad, pues lo ocurrido fue evidentemente imprevisible por una emergencia de salud pública a nivel mundial, que impidió el desarrollo de sus operaciones en condiciones normales o proyectadas. Añadió que conforme a la Circular 030 expedida por el Ministerio del Trabajo, los trabajadores que tuvieran morbilidades preexistentes podían hacer trabajo presencial, cumpliendo con protocolos de cuidado y de bioseguridad, y minimizando los riesgos de contagio, acotando que ante la necesidad de que la demandante prestara sus servicios de manera personal, la empresa cumplió con todas y cada una de las obligaciones de protección y cuidado que le recaían. Concluyó advirtiendo que en ninguna parte de la carta de renuncia allegada por la accionante, se mencionan ninguna de las causales indicadas en el literal b) del artículo 62 del CST, de manera que su motivación no le es imputable a incumplimientos del empleador, sino a su propio designio.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido por inexistencia de título y causa, enriquecimiento sin causa, suspensión del contrato bajo parámetros legales y reales, improcedencia sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, prescripción, buena fe por parte de Comfacundi, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de agosto de 2022, condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la actora \$15.506.692,50 por concepto de salarios, \$1.292.224,38 a título de cesantías, \$50.396,75 por intereses a las cesantías, \$1.292.224,38 por prima de servicios; absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas y condenó en costas a la accionada.

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, el A quo señaló, que conforme a lo manifestado por la convocante en su interrogatorio, sus funciones no implicaban la atención de pacientes en calidad de odontóloga, ni exposición directa a aerosoles propia de la actividad, pues ostentaba el cargo de coordinadora del servicio que implicaba funciones administrativas, por lo que no se evidencia que la pasiva haya puesto en peligro la salud de la trabajadora al solicitarle la prestación del servicio de manera presencial; aunado a que se trata de una trabajadora del sector salud, cuya situación no es comparable con la de los demás trabajadores, y por ende, no le era aplicable el protocolo contemplado en la Resolución 666 de 2020, el cual precisó con claridad que no se aplica a las personas que laboran en dicha área. Añadió que tampoco se demostró negligencia de la parte activa en la adopción del protocolo previsto en la Resolución 1155 de 2020, aplicable al servicio de salud, incluidas las funciones administrativas de apoyo y alimentación, aunado a que la actora estaba encargada de los lineamientos de bioseguridad para las prestación de los servicios relacionados con la atención bucal, aspecto que excede la posibilidad de trabajo en casa, porque ello demanda la entrega y correcto uso de elementos a aquellos que atienden pacientes, lo cual no se podía delegar en los auxiliares que asistían de manera presencial, de suerte que no se demostró la causal alegada por la activa, la cual se circunscribió a la orden de retorno del trabajo presencial, y por ende no se encuentra demostrado el despido indirecto, que además da al traste con la indemnización de perjuicios reclamada.

De otro lado, dijo que la suspensión del contrato de trabajo con sustento en la licencia no remunerada, no está llamada a surtir efecto alguno, toda vez que dicha licencia se generó en la empleadora, quien determinó su tiempo de duración, desnaturalizando la figura en comento, pues la misma nunca se correspondió con el querer de la trabajadora, sumado a que la accionada no demostró que hubiese pasado penurias económicas, que la hubieren llevado a presentar dificultades para el pago de la nómina, pues por el contrario, la propia demandada le ofreció un crédito a la activa para facilitar la suspensión del vínculo, demostrando su liquidez, por tanto, es claro que la licencia no provino de la voluntad espontánea de la trabajadora, denotando que no concurre el presupuesto de existencia del acto. En ese orden, dijo que procede el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones causados por el término de la suspensión del contrato de trabajo, mismos que no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

Dijo que la sanción por falta de la consignación de las cesantías no tiene lugar en el *sub judice*, toda vez que la renuncia acaeció antes de la fecha en que la

demandada debía consignar las cesantías adeudadas; tampoco procede la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, porque la ausencia de pago de los salarios y acreencias se sustentó en una licencia que la activa aceptó y en virtud de la cual dejó de prestar sus servicios, lo que generó en la pasiva la convicción sustentada de no adeudar a la trabajadora ningún derecho laboral.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que del material probatorio es claro que el empleador no le garantizó las condiciones de seguridad para desempeñar sus funciones dentro de su lugar de trabajo, además, se encuentra demostrada la afectación en el pago de salarios y prestaciones sociales a causa de la suspensión del vínculo laboral, como así lo decretó el Juzgado de Conocimiento, por manera que este erró al no considerar procedente la indemnización por despido indirecto. Agregó que debe imponerse la sanción por falta de consignación de las cesantías, toda vez que es deber del empleador consignar año a año tal prestación, acotando que en el caso analizado la demandada desconoció el “*artículo 90 de la Ley 50*”, al no pagar oportunamente esa prestación. Concluyó indicando que, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, el pago deficitario de la liquidación del contrato de trabajo es culpa del empleador, máxime que se ha declarado la ineficacia de la suspensión del nexo contractual y la demandada tenía conocimiento que la misma no procedía ante la falta de voluntad de la ex trabajadora.

A su turno, la parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación argumentando que existe una indebida valoración de las pruebas documentales allegadas al expediente, pues la carta del 27 de abril de 2020 de ninguna manera puede entenderse como una comunicación o una imposición que la pasiva hubiese hecho a la demandante, porque si se atiende su tenor literal, es claro que se hizo una cordial invitación a la accionante en el marco de la coordinación económica y el equilibrio social de que trata el artículo 1º del CST y, en ella, no se estableció ninguna consecuencia de carácter negativo para la activa, en caso que decidiera no aceptar la cordial invitación que se hizo sobre aspectos del contrato de trabajo, ante las situaciones adversas que se presentaron. Añadió que el A quo desconoce que a la activa se le ofreció un préstamo porque la demandada también es una caja de compensación familiar que administra dineros públicos y que en virtud de ellos, ha creado una unidad, mediante la cual ofrece servicios de crédito a sus afiliados,

acotando que fue a través de dicha unidad que se ofreció el préstamo a la trabajadora, por lo que ello no es demostrativo de riqueza de la entidad.

Añadió que en la carta de repuesta emitida por la demandante el 29 de abril de 2020, esta decidió aceptar libre y voluntariamente la suspensión del contrato de trabajo, atendiendo ese espíritu de coordinación económica, para que entre empleador y trabajador se pudieran sortear esos momento difíciles que se generaron con la llegada de la pandemia.

Resaltó que el interrogatorio de parte rendido por la demandante también fue valorado de manera indebida, porque en él aceptó que en su carta de respuesta a la licencia no remunerada fue presentada de manera libre y voluntaria, e incluso que estuvo de acuerdo con que la misma se prorrogara hasta el mes de agosto de 2020, sin embargo, sobre ello no existió ninguna valoración en la sentencia atacada, pese a que la suspensión del vínculo laboral se dio en los términos del numeral 4º del artículo 51 del CST, y es por ello que, no hay lugar a las condenas ordenadas por el A quo.

Dijo que, en gracia de discusión, la suspensión reprochada sí fue válida por los primeros dos meses de vigencia, porque la actora en su carta aceptó de manera expresa ese período de duración.

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, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, primero: determinar, si el contrato de trabajo terminó por causas imputables al

empleador, y por ende, si es procedente la indemnización de que trata el artículo 64 del CST; segundo: definir si la suspensión del contrato de trabajo que tuvo lugar entre el 4 de mayo y el 31 de agosto de 2020 es ineficaz, y de contera, si es procedente el reconocimiento de salarios, prestaciones sociales, indemnización moratoria y sanción por falta de consignación de las cesantías.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver los recursos de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto de alzada.

No es materia de debate dentro del presente asunto, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que se ejecutó desde el 7 de julio de 2014, para que la actora desempeñara el cargo de coordinador odontológico IPS, en virtud del cual devengó como salario la suma final de \$3.976.075 (páginas 34 a 36 archivo 09 del ED), mismo que fue terminado por la demandante el 28 de diciembre de 2020, mediante carta motivada (página 155 archivo 09 ED). Asimismo, se encuentra probado que entre el 4 de mayo y el 31 de agosto de 2020, operó la suspensión del contrato de trabajo, por virtud de licencia no remunerada concedida a la demandante, como así se aceptó en la contestación de la demanda y se constata a páginas 22 a 23 y 25 del archivo 01 del ED.

DESPIDO INDIRECTO

Sobre el particular, sea lo primero advertir que con arreglo al parágrafo único del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, le atañe a quien fenece el vínculo contractual laboral manifestar de manera diáfana a la otra parte de la relación, en el momento de la extinción, la causal o motivo que condujo a dicha determinación, sin que resulte válido con posterioridad aducir razones diferentes.

De manera que cuando es el trabajador, el que se ve obligado a cesar los efectos del contrato de trabajo debido a un hecho que es imputable al empleador y que impide la prosecución normal de la prestación de los servicios, tal situación acreditada, conlleva al reconocimiento de las

indemnizaciones previstas en la ley. Al respecto en sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, adiada 11 de diciembre de 1980, se indicó:

“En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”.

Y en lo que refiere a la carga de la prueba, conforme a lo normado por el artículo 167 del CGP, le atañe al trabajador acreditar la justa causa atribuible al empleador. Así lo enseñó la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, en sentencia con Rad. 26521 de 4 de julio de 2006:

“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.

En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”.

Aclarado lo procedente, y en lo que respecto al punto de apelación de la parte actora, observa la Sala que su inconformidad con el fallo opugnado sobre este aspecto, consiste en que para dicho extremo procesal se encuentra demostrado que el empleador no le garantizó las condiciones de seguridad para desempeñar sus funciones dentro de su lugar de trabajo, al igual que se acreditó la afectación en el pago de salarios y prestaciones sociales a causa de la suspensión del contrato de trabajo, por manera que a su juicio, es procedente el reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST.

Frente a lo cual, ha de indicar la Sala de decisión que no le asiste razón a la parte actora en su recurso de alzada, porque si bien esta fue la parte que dio por terminado el contrato de trabajo, a través de carta motivada, las razones que alega en su alzada, no se ajustan a las expuestas en tal misiva, datada el 28 de diciembre de 2020, como emana de los expresos términos que pueden leerse a continuación:

Bogotá, D.C. 28 de diciembre de 2020

Doctora
JOHN FABIO GARCIA
JEFE GESION HUMANA
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMFACUNDI
La Ciudad

Atención: Recursos Humanos – Caja de compensación familiar de Cundinamarca IPS COMFACUNDI

Referencia: Renuncia Motivada al Cargo de Coordinadora de Odontología.

Respetada doctora,

Por medio de la presente, me permito informar que, a partir del día de hoy, lunes 28 de diciembre del 2020, he decido dar por terminado mi contrato laboral con Comfacundi, por el que vengo desempeñando el cargo de Coordinadora de Odontología. El motivo de esta decisión, es el siguiente:

Las indicaciones que he recibido recientemente, están poniendo en riesgo mi salud, considerando la emergencia sanitaria a causa del virus Covid-19:

1. Venía realizando trabajo en casa y desde el 03 de diciembre de 2020, recibí notificación para volver al trabajo presencial en la sede de la calle 53
2. El 07 de diciembre de 2020, Comfacundi envió instrucciones generales (anexo 1) donde según me edad y condición médica, debería estar realizando trabajo en casa.
3. El 14 de diciembre de 2020, solicité notificación formal por escrito, sobre la exigencia de presencialidad en mi puesto de trabajo (anexo 2), de cara al comunicado recibido.
4. EL 21 de diciembre de 2020, envié seguimiento sobre la solicitud anterior, al no haber recibido respuesta alguna.

Al día de hoy, sigo sin tener respuesta acerca de mi solicitud, por lo que no encuentro una alternativa distinta a terminar mi contrato de trabajo, para cuidar mi salud, ante la ausencia de respuesta o acciones contundentes de parte de Comfacundi, que propendan por ella.

Agradezco la atención prestada.

Atentamente,


Martha Yolanda Rozo Mogollón
CC: 51559840

Acoso Recibido
Valeafacundo
28/12/20
11:27 a.m.

Así, de cara a la carta de terminación del contrato de trabajo, entiende la Sala que la razón por la cual la demandante dio por terminado el vínculo laboral, se debió a que se estaba poniendo en riesgo su salud, al exigírsele el retorno presencial a las instalaciones de la pasiva, ubicadas en la sede de la calle 26, pese a su edad, condición médica e instrucciones generales de trabajo en casa y, sobre lo cual la convocada no le hizo la exigencia por escrito, aun cuando así lo requirió en dos solicitudes distintas.

Motivación que es diferente a la planteada en el recurso de apelación, pues nótese que en ningún momento la actora reprochó en su carta de renuncia que en su lugar de trabajo no se le garantizaron las condiciones de seguridad para desempeñar sus funciones, ni que se le generó una afectación en el pago de

salarios y prestaciones sociales durante la suspensión de su contrato, pues se *itera*, su queja radicó en que debía retornar a labores presenciales, cuando tenía una condición de salud que la ponía en condición de trabajo en casa, lo que a su juicio coincidió con una conducta que puso en riesgo su salud, por parte de la empleadora.

Siendo así evidente, que la parte actora, en su recurso de alzada, está poniendo de presente otras circunstancias fácticas de terminación del contrato de trabajo, que no le fueron alegadas a la empleadora en la misiva de renuncia, y que por ende, no pueden ser consideradas en esta segunda instancia, porque como se anunció en precedencia, no son atendibles las razones que con posterioridad esgrime la parte que finiquita el vínculo, como garantía del derecho al debido proceso de la parte contraria.

Por tanto, la Sala no encuentra motivos para concluir que es procedente el reconocimiento de la indemnización deprecada con sustento en un despido indirecto con base en los argumentos expuestos en la apelación, mucho menos cuando las motivaciones dadas por el A quo relativas a que las razones de terminación del vínculo laboral alegadas no se encontraron probadas, esto es, que el simple retorno al lugar de trabajo de la convocante no implicaba un riesgo para su salud, por las funciones que le habían sido asignadas y porque era necesaria su presente en las instalaciones de la demandada, no fueron atacadas en tal recurso, siendo lo procedente confirmar la sentencia discutida sobre este aspecto.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sobre este punto, insiste la demandada en aducir que la suspensión del contrato de trabajo tiene plenos efectos para las partes, toda vez que se sustenta en una licencia no remunerada que fue concertada de manera libre y voluntaria con la ex trabajadora, como se advierte de las pruebas documentales y del interrogatorio de parte que fue rendido por la convocante, y que considera indebidamente valorados por el Juzgado de Conocimiento.

Pues bien, a efectos de resolver este punto de controversia, ha de memorar la Sala de Decisión que establece el artículo 51 del CST que el contrato de trabajo se suspende, entre otras causales “4. *Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria*” y, el artículo 53 ibídem señala que “*Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de*

pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones”.

En el presente caso, se observa que el 27 de abril de 2020 la demandada le extendió comunicación a la demandante mediante la cual le efectuó la siguiente invitación:



Frente a ello, la demandante en comunicación del 29 de abril de 2020, le respondió a la convocada que:

Bogotá, D.C. 29 de abril de 2020

Doctor
JONH FABIO GARCIA SANCHEZ
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMFACUNDI
La Ciudad

REF: Respuesta a notificación enviada el 27 de abril 2020

Estimado Doctor,

Con referencia a la notificación recibida el 27 de abril del 2020, en la que se me pide tomar una licencia no remunerada de manera indefinida a raíz de la emergencia sanitaria por el Covid-19, le indicó que aceptó dicha licencia, sujeto a lo siguiente:

1. Por un periodo máximo de 2 meses calendario, contados desde el día 4 de mayo. Si se dan las condiciones de retomar labores antes de ese periodo, estaré dispuesta a interrumpir la licencia.
2. Al efectivo otorgamiento del crédito ofrecido, dado que, en este momento por la contingencia, mi salario es el único sustento económico de mi núcleo familiar.

Quedó atenta a su confirmación o siguientes pasos a seguir.

Atentamente,



MARTHA YOLANDA ROZO MOGOLLON
Coordinador Odontología

Aunado a ello, la demandante en su interrogatorio de parte refirió que ella remitió la carta en donde solicitó la licencia no remunerada, cuya prórroga hasta el 31 de agosto de 2020, no fue concertada con nadie (Min. 29:33 – archivo de audio y video 14 del ED).

En ese orden, se observa que la parte convocante frente al ofrecimiento de efectuar la suspensión del contrato de trabajo a través de la figura de una licencia no remunerada, manifestó libre y espontáneamente su aceptación, por el período máximo de dos meses, contados desde el 4 de mayo de 2020, como emana de las pruebas referenciadas, motivo por el cual para la Sala, contrario a lo indicado por el Juzgado de Conocimiento, tiene plenos efectos y no se encuentra afectada por ineficacia alguna, porque es claro que la trabajadora concertó de manera consciente, sin presión y sin la concurrencia de ningún vicio del consentimiento, tomar la mentada licencia.

No advirtiéndolo la Sala la coacción anunciada por el A quo, pues ello no fue alegado por la activa y tampoco se constata del material probatorio arrimado a las diligencias, aunado a que se trata de una figura claramente regulada por la norma laboral, que conforme a las condiciones en que tuvo lugar no contraría la Circular mencionada por el Juzgado de Conocimiento, esto es, la 27 del 28 de marzo de 2020, expedida por el Ministerio del Trabajo, porque en esta se indicó con claridad que la opción de solicitar una licencia no remunerada debe provenir libre y voluntariamente del trabajador, lo cual ocurrió en el caso de marras, pues aunque el empleador tomó la iniciativa de concertar la licencia y por ende, la suspensión del contrato, como bien podía hacerlo, al no estarle vedado hacerle propuestas al trabajador sobre las condiciones del vínculo laboral, siempre que no atente contra el orden público y las buenas costumbres, concurrió la voluntad espontánea, clara y libre de la convocante de tomar la licencia no remunerada, conforme a su comunicación de fecha 29 de abril de 2020 y el interrogatorio que esta rindió.

Por tanto, considera el Colegiado que, en efecto la suspensión del contrato de trabajo sustentada en el numeral 4º del artículo 51 del CST, que operó en el caso analizado, está llamada a producir sus efectos, pero sólo hasta el 3 de julio de 2020, pues solo hasta tal fecha existió concertación y voluntad de la trabajadora, quien fue clara en su misiva al indicar que se tomaría la licencia en referencia por un período máximo de 2 meses, contados desde el 4 de mayo de 2020; de allí en adelante no existe evidencia alguna de que las partes concertaran una prórroga o que así lo solicitara la demandante, siendo claro que la extensión de la misma hasta el 31 de agosto de 2020, obedeció únicamente y exclusivamente a una decisión inconsulta del empleador.

Conforme a ello, habrá de modificarse la decisión opugnada, para en su lugar, declarar la ineficacia de la suspensión del contrato de trabajo existente entre las partes, por el período comprendido entre el 4 de julio de 2020 y el 31 de agosto de símil año, siendo lo procedente, el reconocimiento de los salarios y prestaciones decretadas por el fallador de primer grado, causados únicamente por el mentado interregno, cuyos valores se discriminan a continuación:

- Salarios: \$7.554.543
- Cesantías: \$629.545
- Intereses a las cesantías: \$75.545
- Prima de servicios: \$629.545

En punto a la sanción por falta de consignación de las cesantías reclamada en la alzada por la activa, basta referir que le asiste razón al Juzgado de Conocimiento sobre su improcedencia, toda vez que el contrato de trabajo terminó por decisión de la activa el 28 de diciembre de 2020, esto es, antes de la fecha máxima con que contaba el empleador para consignar las cesantías causadas en el año 2020, que lo era el 14 de febrero de 2021, por manera que su obligación ante el finiquito laboral era entregárselas directamente a la convocante, por medio de la liquidación final de acreencias laborales.

Finalmente, para resolver el problema jurídico planteado, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria reclamada, con base en lo estipulado en el artículo 65 del C.S.T., modificada por el artículo 29 de la ley 789 de 2002, se debe precisar que la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-781/03, al estudiar la constitucionalidad de la norma, realizó las consideraciones sobre este punto, definiéndola “...como un mecanismo de reparación al trabajador respecto de la mora del empleador, instrumento que operaba al margen de las motivaciones de la terminación del vínculo laboral”.

Así, con base en la normatividad resultante de la reforma introducida por la Ley 789/02, esta Corporación identifica las condiciones fácticas que deben reunirse para la exigibilidad de la indemnización. Al respecto, se establece que los elementos de procedencia radicaban en: “i) que haya terminado la relación laboral; ii) que el empleador este debiendo al trabajador salarios y prestaciones y no las pague en el momento de dicha terminación; iii) que no se trate del caso en que procede la retención de dichos salarios y prestaciones; y, iv) que no se haya consignado el monto de la deuda confesada por el empleador en caso de que no haya acuerdo respecto del monto de la deuda, o que el trabajador se haya negado a recibir el pago”.

Ahora, 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 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, para los casos en que realmente se adeuda salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, es la de que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando manifiestamente 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, se tiene que la demandada en efecto no pagó a la terminación del contrato los salarios y prestaciones sociales causados a favor de la trabajadora por el interregno de la suspensión del contrato de trabajo que se considera ineficaz, esto es, del 4 de julio de 2020 al 31 de agosto de símil año, conducta que entiende la Sala tuvo lugar en el convencimiento del empleador de la vigencia de la licencia no remunerada tomada por la trabajadora, y que por ende, evidencia su buena fe como lo dedujo el Juzgado de Conocimiento, porque aunque en efecto se ha reconocido que la suspensión por el interregno anotado no está llamada a producir efecto alguno, lo cierto es que ello solo se estableció a la data de la presente sentencia, por tanto, la pasiva no podía tener un entendimiento distinto a que no debía a favor de la trabajadora ninguna acreencia laboral, en virtud de esa suspensión del contrato que en principio tenía plenos efectos.

Así las cosas, se confirmará la absolución impartida en primera instancia, sobre la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, siendo procedente la indexación de las sumas adeudadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada. Sin Costas esta instancia ante la procedencia parcial del recurso de apelación formulado por la pasiva.

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 3 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que la suspensión del contrato de trabajo que ató a los extremos procesales es ineficaz, únicamente por interregno comprendido entre el 4 de julio de 2020 y el 31 de agosto de 2020; en consecuencia, se condena a la demandada a pagar a favor de la actora las siguientes sumas y conceptos debidamente indexados:

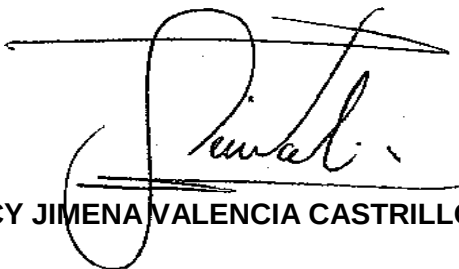
- Salarios: \$7.554.543
- Cesantías: \$629.545
- Intereses a las cesantías: \$75.545
- Prima de servicios: \$629.545

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: Sin **COSTAS** esta instancia ante la procedencia parcial del recurso de apelación de la parte pasiva.

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:	11001-31-05-036-2019-00734-01
DEMANDANTE:	GIOVANNY HERNÁNDEZ G. y FIDEL R. SOLANO H.
DEMANDADO:	HEALTHFOOD S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 11 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	MODIFICAR ORDINALES 3º Y 4º.

Hoy, treinta (30) de marzo 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 demandada HEALTHFOOD S.A. contra la sentencia del 11 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GIOVANNY HERNÁNDEZ GONZÁLEZ Y FIDEL RICARDO SOLANO HOYOS** contra **HEALTHFOOD S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-036-2019-00734-01**.

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

DEMANDA¹

Los promotores de la acción pretenden se declare que la demandada HEALTHFOOD S.A. incumplió el acuerdo firmado con los demandantes, mediante el cual se pretendía dar por terminado el contrato de trabajo y como consecuencia se

¹ Fs. 56 a 65 Archivo 01
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

declare la ineficacia del acuerdo y se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios y salarios por el mes de noviembre de 2018, los aportes a seguridad social, la indemnización moratoria, lo que ultra y extra petita resulte probado, la indexación y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que:

El señor FIDEL RICARDO SOLANO HOYOS laboró para la demandada con contrato a término indefinido desde el 1º de diciembre de 2016 al 30 de noviembre de 2018, en la sede de la demandada como auditor de materia primas, con un último salario de \$3.007.481

Por su parte, el demandante GIOVANNY HERNÁNDEZ GONZÁLEZ igualmente, fue vinculado con la demandada mediante contrato a término indefinido desde el 27 de junio de 2017 al 30 de diciembre de 2018, desempeñando sus labores en las instalaciones de la demandada en el cargo de Chef Ejecutivo con un salario de \$3.007.481

Que la terminación de los contratos se dio mediante documentos denominados “terminación de contrato por mutuo acuerdo”, suscritos por las partes el 30 de noviembre de 2018 en los que se reconocieron los contratos y las prestaciones sociales que se adeudan a cada uno, las que se adeudan hasta la fecha, así como los aportes a seguridad social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **HEALTHFOOD S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso parcialmente a las pretensiones de la demanda, manifestando que por imposibilidad fáctica de ejecutar pagos no se cumplió el acuerdo suscrito con los demandantes, aceptó los valores adeudados que se consignaron en los acuerdos suscritos entre las partes y manifestó atenerse a lo que resultara probado en el proceso.

Como excepciones de fondo propuso las de exoneración del pago de sanción moratoria por existir buena fe comprobada de HEALTHFOOD en el desarrollo de la relación laboral y la innominada o genérica.

² Fs. 1-10 Archivo 08
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 23 de septiembre de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre FIDEL RICARDO SOLANO HOYOS y la demandada desde el 1º de diciembre de 2016 al 30 de noviembre de 2018 y con el señor GIOVANNY HERNÁNDEZ GONZÁLEZ entre el 27 de junio de 2017 y el 30 de noviembre de 2018. Declaró eficaz el acta de acuerdo suscrito entre las partes únicamente en lo que respecta a la terminación del contrato por mutuo acuerdo y a la suma que se comprometió a pagar la demandada, esto es, \$3.508.728 al señor FIDEL RICARDO SOLANO HOYOS y a GIOVANNY HERNÁNDEZ GONZÁLES por la suma de \$2.705.619.

Condenó a la demandada a pagar al FIDEL RICARDO SOLANO HOYOS las siguientes sumas y conceptos:

- Por cesantías 2016-2018 \$6.014.381
- Intereses a las cesantías \$ 664.000
- Vacaciones \$1.474.501 con la indexación
- Prima de servicios 2018 (2º sem) \$1.253.117
- Salario noviembre 2018 \$3.007.481
- A título de sanción moratoria (1) día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses y los intereses de mora a partir del mes 25, conforme a la tasa máxima de créditos de libre asignación
- Sanción por no consignación de cesantías \$55,638.398,50
- Cancelar el valor del cálculo actuarial por los ciclos de agosto y septiembre de 2017 y enero y junio a noviembre de 2018 a COLFONDOS

Al señor GIOVANNY HERNÁNDEZ GONZÁLEZ a pagar los siguientes valores y conceptos:

- Por cesantías 2017-2018 \$4.286.000
- Intereses a las cesantías \$ 486.000
- Vacaciones \$2.142.830 con la indexación
- Prima de servicios 2018 (2º sem) \$1.253.117
- Salario noviembre 2018 \$3.007.481
- A título de sanción moratoria (1) día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses y los intereses de mora a partir del mes 25, conforme a la tasa máxima de créditos de libre asignación
- Sanción por no consignación de cesantías \$19.548.626,50

- Cancelar el cálculo actuarial por los ciclos de junio y julio de 2017 y enero, febrero y junio a noviembre de 2018 a PORVENIR S.A.

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda; declaró no probadas las excepciones propuestas y la condeno en costas.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que no existió discusión respecto al vínculo laboral que existió entre las partes conforme a los contratos suscritos entre ellas, los cargos desempeñados por cada uno de los demandantes y los salarios devengados, por lo que fueron excluidos del debate probatorio.

Ahora, respecto al acuerdo suscrito entre las partes señaló que conforme a las declaraciones rendidas por los actores les dieron a conocer el acuerdo manifestándoles que debían firmarlo para recibir las prestaciones correspondientes, pues se venían presentado moras en los pagos, de donde concluyó, que no se encontró acreditado el engaño, pues no se allegó otra prueba que confirmara lo dicho por los demandantes, pues el simple incumplimiento del acuerdo no implica su ineficacia. Analizadas las probanzas, consideró que la terminación del contrato por mutuo acuerdo era válido, más no así la transacción respecto a las acreencias laborales, por tratarse en este caso, de derechos ciertos e indiscutibles. En razón a lo anterior, efectuó la liquidación de las prestaciones reclamadas en la demanda a fin de determinar si lo que reconocido por la parte pasiva en el citado acuerdo vulneraba los derechos de los demandantes; frente a lo cual halló que las sumas allí reconocidas no se acompañan con los valores que debían reconocerse a cada uno. En razón a ello, condenó a la parte demandada al reconocimiento y pago de los valores y conceptos que antes se relacionaron, declaró que no prosperaba la excepción de cosa juzgada frente a la transacción por carecer ésta de validez frente a las acreencias laborales y en relación con la indemnización moratoria manifestó que el argumento de la demandada, de encontrarse en proceso de liquidación por una crisis económica no la eximía de esta condena, para lo que tuvo en cuenta la sentencia SL1595 de 2020, y consideró que no se acreditó la buena fe, pues la crisis económica no es justificación para no efectuar el pago y para suscribir transacciones con liquidaciones inferiores a las que correspondían a los trabajadores, las cuales incumplió, por lo que condenó a la demandada al pago de la indemnización moratoria en los términos del artículo 65 del C.S.T. y a la indexación sobre las sumas correspondientes a las vacaciones. En igual forma condenó a la demandada al pago de la sanción por falta de consignación de las cesantías por cuanto reiteró, no se

acreditó la buena fe de la demandada, sanción que liquidó hasta la fecha de terminación de los contratos. Respecto a los aportes a pensión ordenó el pago del cálculo actuarial a las AFP en que se encuentran afiliados los demandantes respecto de los ciclos no cancelados a cada uno de ellos, en la forma indicada en la parte resolutive. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y la condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada recurrió el fallo en forma parcial y únicamente respecto a la sanción del artículo 65 del C.S.T., para lo que argumentó que se debe tener en cuenta que la demandada se encuentra en liquidación y como los procesos concursales se rigen por la Ley 1116 de 2006 se debe dar cumplimiento a las etapas que allí se establecen. Que la sanción mencionada se refiere a entidades que se encuentran activas, y en éste caso, la apertura del proceso liquidatorio impide que se continúen causando las sanciones; además, de que no existe norma que establezca prelación de un trabajador sobre otro, por lo que el liquidador no lo puede hacer pagos hasta que no se cumplan determinados requisitos, por lo que solicita que se tase la sanción desde el 1º de diciembre de 2018, día siguiente a la terminación del vínculo laboral y hasta el 5 de marzo de 2020, fecha en que se dio apertura al proceso liquidatorio de la empresa y se registró en la Cámara de Comercio de Bogotá.

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 la condena al pago de la sanción contemplada en el artículo 65 del C.S.T. en la forma indicada en la sentencia o por el contrario procede sólo hasta la fecha en que se registró en la Cámara de Comercio el auto de apertura del proceso liquidatorio de la demandada.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que la inconformidad de la parte demandada hace relación únicamente a la condena al pago de la sanción moratoria por lo que se procede a su estudio en la forma planteada en el recurso, es decir, a determinar la forma en que debe liquidarse.

Al respecto, tal y como lo indicó la sentencia de primera instancia, ha sido una constante en la jurisprudencia que, en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, no exonera al empleador de la indemnización moratoria.

En los casos como el presente, en que la demandada no desconoce su obligación de pago de las acreencias laborales, sino que argumenta que esta condena procede hasta la fecha en que se dio apertura al proceso de liquidación, se debe analizar la situación en particular, pues si bien es cierto que la insolvencia de la demandada no es causal para eximirla de esta sanción, como lo indicó la juez de primera instancia, lo cierto es que la sanción moratoria del artículo 65 del CST está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe y en el caso en estudio, no es posible considerar que la mala situación administrativa y económica de la demandada la exonere de la sanción moratoria, pues después de terminados los contratos de trabajo el 30 de noviembre de 2018, sólo procedió a tramitar la liquidación de la empresa con posterioridad, ya que fue inscrita el 5 de Marzo de 2020 bajo el número 02560753 del libro IX, conforme al Certificado de la Cámara de Comercio (fl. 7 archivo 11), por lo que en principio procede la condena al pago de esta.

Ahora, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada, es necesario tener en cuenta que, aplica el precedente jurisprudencial contenido, entre otras, en la sentencia CSJ SL-194 de 2019, en la que se indicó lo siguiente:

La Sala subraya que, con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demanda en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.

En consecuencia, precisa la Corte Suprema de Justicia su criterio a fin de establecer que cuando ocurre la liquidación de la entidad, la sanción moratoria se calcula hasta que aquella deja de existir. Esto se explica, porque al no tener el ISS la posibilidad de atender las obligaciones ordenadas en el trámite judicial con posterioridad a su liquidación final, necesariamente debe considerarse esta circunstancia para limitar la condena por concepto de indemnización moratoria hasta la fecha de extinción de la entidad, acaecida el 31 de marzo de 2015.”

Así las cosas, no le asiste razón a la parte recurrente en cuanto a que la sanción moratoria se causa hasta la fecha en que la empresa entró en liquidación, sino que en atención a la jurisprudencia la indemnización moratoria se debe liquidar hasta que la demandada deja de existir debido a su liquidación final, pues a partir de allí no existe la posibilidad de la demandada de atender las obligaciones que se ordenan en favor del trabajador.

No obstante, como verificada la prueba documental allegada al proceso no se aportó un certificado de la Cámara de Comercio actualizado, se revisó en la página web, en la que la única información que se obtuvo es que la sociedad se encuentra en liquidación voluntaria, por lo que se dispondrá que la indemnización moratoria se deberá liquidar hasta la fecha en que la sociedad demandada termine el proceso de liquidación.

En consecuencia, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que la condena al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., en cuantía equivalente a un día de salario por cada día de retardo, procede en este caso, desde el 1º de diciembre de 2018, día siguiente a la terminación del contrato a cada uno de los demandados y hasta que la sociedad demandada culmine el proceso de liquidación, conforme a lo anteriormente expuesto.

Los demás aspectos de la sentencia no fueron objeto de apelación, por lo que se confirmará en lo demás la sentencia recurrida. Sin costas en esta instancia, por cuanto prosperó parcialmente el recurso interpuesto por la 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:

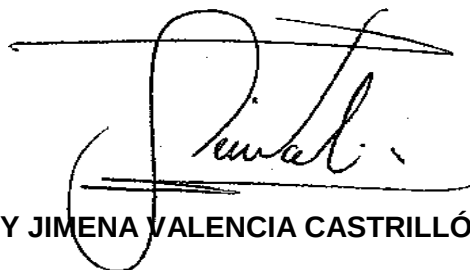
PRIMERO: ADICIONAR los ordinales CUARTO Y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el once (11) de octubre de 2022, en el sentido de indicar que la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. reconocida a los señores GIOVANNY HERNÁNDEZ GONZÁLEZ Y FIDEL RICARDO SOLANO HOYOS equivalente a un día de salario por cada día de retardo procede desde el 1º de diciembre de 2018 y hasta que la sociedad demandada culmine el proceso de liquidación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia

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:	11001-31-05-038-2021-00516-01
DEMANDANTE:	HENRY ALFREDO GONZÁLEZ DELGADO
DEMANDADO:	UGPP
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 2 de diciembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Mesada Catorce
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior del 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 UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 2 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HENRY ALFREDO GONZÁLEZ DELGADO** contra **UGPP** con radicado No. **11001-31-05-038-2021-00516-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción en síntesis pretende, se declare que tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha que cumplió 55 años para disfrutar pensión convencional, esto es, desde el 20 de diciembre de 2011, por haber adquirido su derecho el 27 de junio de 1.999, previsto en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la organización sindical Sintracreditario, es decir, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005; como consecuencia de ello, solicita ordenar a la demandada restablecer el pago de la mesada de junio desde el año 2015 y a futuro, junto con la indexación, los intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios personales a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, siendo terminado su contrato de trabajo el 27 de junio de 1.999 por parte de la empleadora, data desde la cual adquirió la pensión prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la cual se hizo exigible cuando cumplió la edad de 55 años, esto es, el 20 de diciembre de 2011. Que en cumplimiento del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la UGPP emitió la Resolución RDP 025606 del 21 de agosto de 2014, mediante la cual reconoció a su favor la pensión de jubilación convencional, en cuantía inicial de \$1.784.618,79, desde el 20 de diciembre de 2011, incluyendo el pago de la mesada 14. Que en Resolución RDP 016104 del 11 de julio de 2020, la UGPP definió la compartibilidad con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, quedando a cargo de la UGPP el 100% de la mesada 14, misma que fue pagada hasta el mes de junio de 2015, cuando de manera sorpresiva, unilateral y sin autorización del pensionado, se suspendió el pago de la mesada adicional en referencia. Que agotó la correspondiente reclamación administrativa.

¹ Páginas 3 a 13 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando en síntesis que, la pensión del actor es superior a 3 SMLMV y fue causada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que si alguna entidad anterior a la UGPP ha asumida dicha mesada, lo ha sido por un error y no porque tenga derecho a la misma, siendo claro que los reajustes efectuados a la pensión de jubilación del actor por parte de la UGPP se encuentran conformes a derecho.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: No comprender todos los litisconsortes necesarios, prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación por falta del cumplimiento de los requisitos legales, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2022, declaró que el demandante tiene derecho a que la UGPP le pague la pensión convencional que le fue otorgada por 14 mesadas anuales; condenó a la demandada a reanudar el pago de la mesada pensional adicional del mes de junio o mesada 14, correspondiente a la pensión de jubilación convencional reconocida al accionante a partir de junio de 2019, aplicando los reajustes de ley que proceden y con la debida indexación del retroactivo, del que puede descontar el porcentaje correspondiente a los aportes al sistema de salud; declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a septiembre de 2018; absolvió de los intereses moratorios y condenó en costas a la UGPP.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo*, después de hacer referencia a la jurisprudencia relativa a la causación de la pensión de jubilación

² Páginas 3 a 16 archivo 06 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

convencional de la Caja Agraria y la vigencia de la mesada adicional de junio, que en el caso, tal prestación fue generada a favor del actor desde el 27 de junio de 1999, esto es, a la data del retiro del servicio, por manera que no le son aplicables las previsiones del Acto Legislativo 001 de 2005, sobre la vigencia de la mesada de junio, y por ello, desde la fecha en que se causó la pensión de jubilación convencional, tiene derecho al pago de 14 mesadas por año. Añadió que como la mesada fue suspendida en su pago desde el año 2015, y la reclamación administrativa se formuló el 10 de septiembre de 2021, siendo radicada la demanda el 20 de octubre de símil año, es claro que ha operado el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas adicionales de junio causadas con anterioridad al año 2018. Concluyó que en materia de compartibilidad pensional, la pensión legal subsume la pensión de jubilación convencional, salvo el mayor valor si lo hubiere, por tanto, la UGPP no se puede relevar del pago de la mesada 14 reclamada, porque la misma constituye un mayor valor, al no hacer parte de la pensión de vejez reconocida al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA UGPP**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que se ha de mostrado dentro del proceso que el demandante no es beneficiario de la mesada 14 porque adquirió el estatus jurídico de pensionado el 20 de diciembre de 2011, acotando que para la fecha de efectividad y reconocimiento de la prestación, la misma equivalía a \$1.784.618, siendo claro que el monto pensional era superior a 3 SMLMV. Agregó que Colpensiones reconoció pensión de vejez a favor del convocante desde el mes de septiembre de 2018, en cuantía de \$1.491.540, por ende, la pensión reconocida por la Caja Agraria, cuyo pago lo asumió la UGPP, se encuentra afectada por el fenómeno de la compartibilidad pensional, no existiendo mayor valor a reconocer por concepto de mesada 14. Concluyendo que la sentencia opugnada debe ser revocada en su totalidad, y en caso de no prosperar esta petición, se verifique la liquidación efectuada por el Juzgado de Conocimiento incluida su indexación, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, destacando la improcedencia de la

condena en costas, porque la oposición realizada por la UGPP se sustentó en argumentos fácticos y jurídicos valederos y relevantes para el caso concreto.

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.

CONSIDERACIONES

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, 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 el accionante es beneficiario de la mesada catorce y si es procedente la condena en costas en contra de la accionada.

No se presenta discusión en lo que atañe a la condición de pensionado de HENRY ALFREDO GONZÁLEZ DELGADO, lo que adicional se ratifica de los medios de convicción adosados al plenario, que se analizan bajo lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el A quo, que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación convencional, a través de la Resolución RDP 025606 del 21 de agosto de 2014, aclarada en la Resolución RDP 015386 del 21 de abril de 2015, en cuantía de \$1'784.618,79, a partir del 20 de diciembre de 2011, en cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, el 12 de febrero de 2014 (páginas 97 a 102 y 166 a 169 archivo 06 del ED); supuestos

fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

En aras de resolver la *Litis*, esta Sala de Decisión se permite iniciar el estudio de la alzada recordando que la prestación de jubilación convencional del actor le fue reconocida por virtud de la sentencia del 16 de julio de 2013 proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. (páginas 135 a 137 archivo 06 ED), la cual fue confirmada en sentencia del 12 de febrero de 2014 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (páginas 138 a 139 archivo 01 del ED), y en cuyas consideraciones se indicó con claridad que al contar el demandante con más de 20 años al retiro del servicio, causó su derecho a la prestación en referencia, conforme a las voces de la Convención Colectiva de Trabajo, siendo la edad un requisito de exigibilidad de la pensión como se observa a páginas 177 a 194 archivo 06 del expediente digital.

Por tanto, al haberse definido en decisión anterior, que la prestación de jubilación convencional del actor, se causó desde su retiro, que lo fue el 27 de junio de 1999, no entiende la Sala las razones por las cuales la UGPP indica en su contestación de demanda e insiste en su recurso de apelación, que la misma se generó el 20 de diciembre de 2011, pues conforme a la sentencia en comento, que tiene efectos de cosa juzgada, dicha data representa únicamente la fecha de exigibilidad de la pensión, porque se *itera*, su causación tuvo lugar desde el 27 de junio de 1999.

Puestas así las cosas, es dable a la Sala concluir sin dubitación alguna, que el ex trabajador tiene derecho al reconocimiento de la mesada catorce sobre la cual no existió pronunciamiento expreso en la mentada decisión, pues por imperio de la Ley 100 de 1993, en su artículo 142, se estatuyó sin diferencia o exclusión alguna, que esta prestación económica se reconoce a «*Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días*

de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994».

No teniendo ninguna incidencia sobre el caso el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que dicha norma respeta los derechos adquiridos con anterioridad a su expedición, como ocurre en el presente caso, de suerte que al demandante no le es aplicable el límite temporal introducido por la reforma constitucional respecto de la mesada adicional de junio, que a la letra dispone: «Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento» (Resaltado de la Sala); en igual sentido, no tiene alcance en el presente caso el párrafo transitorio 6º de la norma *ejusdem*, el cual adoctrina que:

«Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año» (subraya de la Sala)

Y es que, al haberse causado su derecho pensional en el año 1999, cuando fue retirado de la Caja Agraria con más de 20 años de servicios, se insiste, como así lo definió el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso 2013 00077 00, lo cual fue confirmado por este Tribunal, diáfano resulta concluir que el reconocimiento y pago de la mesada de junio o catorce, no se vio afectada por tal reforma constitucional, contario a lo indicado por la pasiva en su alzada.

Conforme a lo expuesto, habrá de confirmarse la decisión controvertida en este aspecto, pues aunque al actor le fue reconocida a su favor pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante Resolución SUB 94099 del 17 de abril de 2020, la misma tiene por fecha de causación el 20 de diciembre de 2018 (páginas 70 a 77 archivo 06 ED), de manera que la prestación de vejez sí fue impactada por las previsiones del Acto Legislativo 001 de 2005, y por ende, sólo se generó por 13 mesadas al año; luego, es claro que la mesada

14 o mesada adicional de junio se constituye en el mayor valor resultante entre la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez, al no ser parte de esta última, conforme a la compartibilidad pensional, prevista en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, que a la letra dispone:

« Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado» (subraya de la Sala)

Por tanto, al no existir duda sobre el derecho que el asiste al actor a percibir la mesada 14, se procederá a revisar la excepción de prescripción, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la UGPP, e igualmente, se establecerá una condena en concreto respecto del retroactivo pensional, teniendo en cuenta que el A quo no definió suma específica al respecto.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Al reconocerse el derecho en cabeza del demandante, se debe entrar a estudiar el fenómeno prescriptivo propuesto por la UGPP, al momento de contestar la demanda. Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva; es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que: *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto»*.

En ese orden, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo

antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que el actor en su demanda indicó que dejó de percibir su mesada adicional de junio desde el año 2015, además, elevó reclamación para la reanudación de su pago el 10 de septiembre de 2021 (páginas 34 a 35 archivo 01 ED) y la demanda fue radicada el 27 de octubre de 2021 (archivo 03 ED), fluyendo innegable que las mesadas causadas con anterioridad al 10 de septiembre de 2018, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, tal y como acertadamente lo dispuso el Juzgado de Conocimiento.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Efectuados los cálculos aritméticos de rigor, se evidencia, que, las mesadas adeudadas al demandante, a la fecha de emisión de la presente sentencia, corresponden a los siguientes valores:

Tabla Retroactivo Mesada 14					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento	Valor Mesada	No. Mesadas	Subtotal
1/06/19	30/06/19	3,18%	\$ 2.430.017	1	\$ 2.430.017
1/06/20	30/06/20	3,80%	\$ 2.522.358	1	\$ 2.522.358
1/06/21	30/06/21	1,61%	\$ 2.562.968,09	1	\$ 2.562.968
1/06/22	30/06/22	5,62%	\$ 2.707.006,89	1	\$ 2.707.007
Total					\$ 10.222.351

Así, se obtuvo un valor de \$10.222.351, como retroactivo causado a título de mesadas pensionales adicionales de junio a favor del actor, siendo lo procedente adicionar la decisión de primer grado en tal suma dineraria, en aras de determinar la condena en concreto, como así lo dispone el CGP, misma que debe ser indexada como lo indicó el A quo, atendiendo al fenómeno inflacionario de la devaluación de la moneda.

Finalmente, la demandada manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición de costas procesales en su contra por el Juzgado de Conocimiento. 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.

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, 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 acertada la decisión del *a quo* de imponer condena en costas a la pasiva, por tratarse de la parte vencida en el presente trámite, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, máxime que se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, que no fueron acogidas, ni salieron avante. Siendo lo procedente confirmar dicha condena.

Costas en esta instancia a cargo de la **UGPP** 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: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 2 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la **UGPP** a pagar a

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

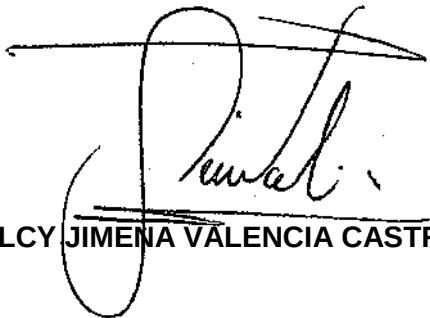
favor del actor la suma de \$10.222.351 a título de retroactivo pensional causado por las mesadas adicionales generadas desde el mes de junio de 2019 hasta el mes de junio de 2022, junto con las que se causen en lo sucesivo hasta la fecha de pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **UGPP** 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:	11001-31-05-001-2020-00045-01
DEMANDANTE:	MARÍA TERESA GÓMEZ LÓPEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 2 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 2 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA TERESA GÓMEZ LÓPEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-001-2020-00045-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado realizado desde el RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A. por omisión en el deber de información, así como que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003; como consecuencia de ello, ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado o de los aportes obligatorios a pensión que al momento del cumplimiento de esa orden se encuentren en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros; ordenar a COLPENSIONES realizar su afiliación al RPM, registrando en la respectiva historial laboral el traslado de aportes que deba hacer PORVENIR S.A., consolidando oportunamente sus reportes de semanas cotizadas y demás datos indispensables; 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 20 de febrero de 1.979; sin embargo, el 1º de junio de 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., motivada por lo que le indicó el asesor de la sociedad, relativo a que podía programar el momento en que deseara pensionarse, al punto que podía alcanzar el estatus de pensionada antes de la fecha estimada para el RPM, e incluso, lograr mesadas pensionales mayores que en el RPM, en donde podría no pensionarse; empero, la encartada omitió el deber de ilustrarla de manera efectiva, clara y segura sobre los beneficios y ventajas que conllevaría el cambio de régimen pensional, por manera que no contó con los elementos indispensables para realizar algún análisis o estudio sobre las características de ese régimen y el comparativo del monto o valor de las mesadas pensionales que a futuro podría lograr en uno o en otro régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las

¹ Páginas 39 a 48 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 2 – 24 Archivo 04 Expediente Digital

condiciones, beneficios características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse 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.

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el traslado de la demandante a Porvenir S.A. se hizo con su plena voluntad, pues por solicitud propia suscribió el formulario de afiliación ante la sociedad en referencia. Añadió que la parte activa se encuentra a menos de 10 años para acreditar la edad mínima prevista para la pensión de vejez, enmarcándose en la prohibición definida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo cual imposibilita su traslado al RPM.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 2 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenó a COLPENSIONES autorizar el traslado pensional de la activa al RPM, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada; ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinado a formar el fondo de garantía mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a la AFP, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada

³ Páginas 3-23 Archivo 03 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

por la actora; declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en los valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; respecto de la pensión de vejez, resolvió que la demandante deberá acreditar su desafiliación al sistema, para ir a la entidad de seguridad social COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y no impuso condena en costas.

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. Sobre la pensión reclamada, dijo que Colpensiones debe reconocer la prestación una vez que la activa demuestre el cumplimiento de los requisitos, la cual deberá disfrutar una vez acredite la desafiliación al sistema general de pensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que para la fecha del traslado no le era exigible a las administradoras de pensiones conservar documentales distintas al formulario de afiliación. Agrega que en los hechos de la demanda la activa alega su propia culpa en beneficio suyo, porque a la data del traslado contaba con las condiciones suficientes para corroborar la información otorgada por la AFP convocada, y como consumidora financiera tenía el deber de actuar con mediana diligencia y conocer el acto jurídico que estaba celebrando. Indicó que en todo caso, debe revocarse la condena impuesta por devolución de gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales, ya que estas sumas no están llamadas a financiar la pensión de vejez de la activa, al tener una destinación específica por mandato legal, el cual ha sido cumplido por la AFP a través del manejo de las inversiones tendientes a incrementar el capital de la activa, acotando que tanto los rendimientos financieros,

como el amparo frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia le han sido debidamente reconocidos a la actora.

Añadió que en virtud de la teoría de las restituciones mutuas, no tiene sentido que a la persona que se le ordena restituir un bien, o como en este caso, las sumas depositadas en una cuenta de ahorros, igualmente, tenga que retornar los dineros que invirtió para incrementar esos valores, menos aun cuando esos gastos ya se agotaron, al ser invertidos para los fines ya anotados. Sumó a ello que, la indexación ordenada implica una doble actualización de la cuenta de ahorro individual de la activa, pues una de las finalidades de los rendimientos consiste en que los aportes no pierdan su poder adquisitivo con el paso del tiempo, por tanto, no procede la actualización de los gastos de administración, máxime que esos rendimientos le permiten a Colpensiones un cubrimiento íntegro del reconocimiento pensional, sin ningún tipo de dificultad.

La demandada **COLPENSIONES**, también interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, relativa a que una persona no puede trasladarse cuando le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión, por lo tanto su retorno a Colpensiones no puede ser aceptado. Dijo que no puede dejarse de lado lo indicado en la sentencia C-1024 de 2004 sobre el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la CP, dado que al aceptar la entidad demandada el traslado de la demandante, se estaría contribuyendo a la descapitalización del sistema pensional, porque si bien se ordenó a Porvenir devolver todos los dineros descontados a la activa, a futuro no es rentable pagar una prestación a una persona que no ha estado en el RPM, dejando en desventaja a los afiliados que estuvieron realizando aportes al mismo, por más de 20 años. Adujo que la actora realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, conforme al formulario de afiliación que suscribió para el efecto, no siendo atendibles sus pretensiones, porque antes de encontrarse inmersa en la prohibición legal anotada, debió informarse a través de la Ley 100 de 1993, norma general de público conocimiento, por manera que no puede excusarse en la ignorancia de la ley para buscar la nulidad de su traslado.

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 MARÍA TERESA GÓMEZ LÓPEZ 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 al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado 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 AFP **PORVENIR S.A.** (página 54 Archivo 04 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 en el presente caso las demandadas desistieron del interrogatorio de parte de la activa, dada su condición de salud, puesta de presente por su apoderada en audiencia, por manera que no se pudo obtener su confesión, sobre las circunstancias del acto de traslado.

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 del afiliado, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia 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 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, contruidos 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,

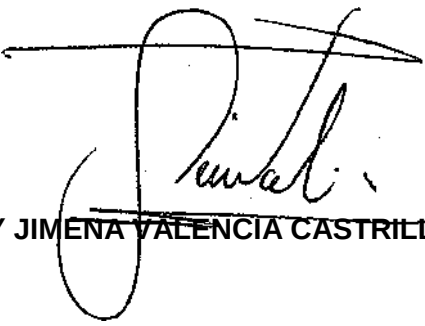
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de febrero de 2023, 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 **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


EDGAR 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:	11001-31-05-002-2015-00907-01
DEMANDANTE:	GRANARIO CONDE YATE Y OTROS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 16 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Incremento pensional por persona a cargo
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 propuesto por Colpensiones, así como el grado Jurisdiccional de Consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 16 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **GRANARIO CONDE YATE, JAIME MUNÉVAR BERNAL y HÉCTOR JULIO NAVAS GARZÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-002-2015-00907-01**.

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

DEMANDA¹

Los promotores de la acción pretenden el reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 literal b) del Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios, la indexación, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifiestan que el otrora ISS les reconoció pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990 y por su condición de beneficiarios del régimen de transición. Que conviven con sus cónyuges bajo el mismo techo y dependen económicamente de ellos, en tanto no poseen rentas de capital, bienes de fortuna, ni trabajo; además, ostentan la calidad de beneficiarias de cada demandante ante la EPS; sin embargo, la entidad convocada omitió efectuar el reconocimiento del incremento del 14% a su favor, pese a acreditar el respectivo derecho y formular la correspondiente reclamación administrativa, la cual fue resuelta de manera desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa sostuvo, en síntesis, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos pensionales perdieron vigencia, desapareciendo de la vida jurídica, ya que la citada ley no contempla dichas prestaciones. Indicó que en todo caso, los incrementos reclamados se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, conforme al artículo 488 del CST.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción de los

¹ Páginas 2 a 15 Archivo 01 del Expediente Digital

² Páginas 91 a 100 Archivo 01 del Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá

incrementos y sus intereses, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia celebrada el 3 de mayo de 2017 se ordenó la sucesión procesal con los herederos determinados e indeterminados del demandante Héctor Julio Navas Garzón (Q.E.P.D.), se ordenó designar curador a los herederos indeterminados y se dispuso elaborar edicto emplazatorio³.

Mediante auto del 13 de diciembre de 2022, el Juzgado de Conocimiento admitió el desistimiento de las pretensiones del demandante Héctor Julio Navas Garzón (Q.E.P.D.) seguidas contra Colpensiones y declaró terminado el proceso respecto del referido demandante, ordenando su continuación, con los accionantes Granario Conde Yate y Jaime Munévar Bernal⁴.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de febrero de 2023, condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del accionante Jaime Munévar Bernal el incremento pensional del 14% por persona a cargo previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de la misma anualidad, desde el 29 de octubre de 2012, cuyo retroactivo al 31 de diciembre de 2022 asciende a la suma de \$15.276.522, debidamente indexado, al igual que continuar efectuando el pago del incremento por las 14 mesadas anuales, mientras subsistan las causas que le dieron origen; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor Jaime Munévar Bernal y de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Granario Conde Yate; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho respecto del señor Granario Conde Yate y parcialmente la excepción

³ Archivo de audio 03 del Expediente Digital.

⁴ Archivo 09 del Expediente Digital.

de prescripción respecto del señor Jaime Munévar Bernal; condenó en costas a la demandada a favor del señor Jaime Munévar Bernal y al demandante Granario Conde Yate a favor de la accionada.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que conforme al criterio jurisprudencial definido por la Corte Constitucional y la Corte suprema de Justicia, los incrementos por personas a cargo no tienen efecto alguno respecto de los afiliados que adquirieron su derecho pensional después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera que el demandante Conde Yate no tiene derecho al reconocimiento de los mismos, por cuanto conforme al acto administrativo de reconocimiento pensional, este adquirió la prestación de vejez desde el 25 de enero de 2006, momento en el cual cumplió el requisito de la edad previsto en la ley. Agregó que el demandante Jaime Munévar Bernal causó su pensión de vejez desde el 3 de junio de 1992, esto es, antes del 1º de abril de 1994, por lo que es procedente reconocer a su favor el incremento por cónyuge a cargo, dado que demostró que fue pensionado bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, y contrajo matrimonio con la señora Inés Gutiérrez de Munévar, quien depende económicamente de él, conforme a las declaraciones extra juicio y las testimoniales recaudadas en el presente trámite.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte DEMANDADA presentó recurso de apelación argumentando que el Juzgado de Conocimiento basó su decisión en el testimonio solicitado por el señor Jaime Munévar Bernal, esto es, el dicho de la señora Blanca, el cual únicamente se puede tener como prueba de referencia, que no tiene el valor probatorio para conducir a una condena en contra de la demandada, por manera que no se pueden tener por demostrados los 3 elementos constitutivos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para efectos de reconocer el incremento pensional reclamado, y es por ello que, se debe revocar la decisión de primer grado, para en su lugar, absolver a la entidad demandada de la condena impuesta en su contra por la Juez A quo, en el caso concreto del señor Jaime Munévar Bernal.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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, el recurso de apelación formulado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, 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 Jaime Munévar Bernal tiene o no derecho al reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo previsto en el artículo 21 literal b) del Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

A fin de resolver el problema jurídico planteado, es del caso recordar que el riesgo de vejez de los trabajadores en Colombia comenzó mediante la Ley 6 de 1945, el Decreto No. 2147 de 1946, la Ley 90 de esa anualidad, el Decreto No. 2663 y No. 3743 de 1950, adoptado mediante la Ley 141 de 1961, en forma provisional y transitoria por los empleadores mientras el Instituto de los Seguros Sociales lo asumía (art. 259 y 260 del CST).

Dentro de esta evolución y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente para el personal vinculado a la entidad

administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.

Sancionada la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, el citado incentivo familiar por personas a cargo, no se reguló en ninguno de los sistemas, y solo en desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y por el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se mantuvo para los pensionados bajo los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, como de manera reiterada lo señaló la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia con radicación No. 29751 del 5 de diciembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, con fundamento a los principios de la buena fe y expectativas legítimas.

Empero, se constata que en la sentencia SL2061-2021, Magistrado Ponente LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resolvió adoptar la posición sentada por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, en la cual se consideró que el incremento pensional por personas a cargo que preveía el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Así, indicó la Corte Suprema de Justicia, al resolver el caso puesto a su consideración:

«En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.»

Bajo ese entendido, se concluye que los incrementos pensionales perseguidos, desaparecieron de la vida jurídica una vez cobró vigor la Ley 100 de 1993, excepto para aquellos pensionados que consolidaron su derecho pensional antes del 1º de abril de 1994, en amparo de sus derechos adquiridos.

Descendiendo al caso concreto, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que al señor JAIME MUNÉVAR BERNAL le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución 025522 del 26 de octubre de 2001, conforme al Decreto 758 de 1990, desde el 6 de septiembre de 1997, por efectos de la prescripción, pues de conformidad con el acto administrativo en comento, la prestación se causó el 3 de junio de 1.992 (páginas 59 a 60 archivo 01 del ED); en consecuencia, el actor contaba con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues consolidó su derecho pensional con anterioridad al 1º de abril de 1994, de suerte que en su

caso particular, es procedente verificar si es merecedor del incremento pensional por cónyuge a cargo, en los términos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Bajo ese entendido, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que el actor contrajo matrimonio con la señora Inés Gutiérrez el 10 de julio de 1954 (página 63 archivo 01 del ED), con quien convive desde dicha data, e igualmente, se constata la dependencia económica como fluye de la declaración rendida por la señora Blanca Cecilia Montaña de López, en calidad de cuñada del demandante (Min. 06:03 – 13:53 Archivo de audio y video 03 del ED), quien fue clara en reseñar la ausencia de separaciones de hecho o derecho entre la pareja, así como que Inés Gutiérrez depende económicamente del pensionado desde el inicio del vínculo, pues desde tal data no ha trabajado ni obtiene ningún rubro derivado de la prestación personal de los servicios o bienes propios, lo cual le consta directamente, contrario a lo indicado por la demandada, dada la calidad de hermana de la cónyuge del convocante y la referencia que hace de presenciar las dinámicas familiares de la pareja.

De esta manera, encuentra esta instancia demostrado el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma pensional sobre los incrementos reclamados, para la calenda pensional.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda (página 99 archivo 01 del ED).

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Si bien se ha precisado, que el derecho a la jubilación o el riesgo de vejez es imprescriptible, cierto es, que en el caso de autos el reajuste por personas a cargo, no tiene que ver nada con los requisitos para que se configure el citado riesgo de vejez, en lo que respecta con las semanas cotizadas, el IBL y la tasa de reemplazo; pues dicho reajuste por persona a cargo nace como un incremento a la pensión al presentarse el requisito de tener cónyuge, compañera permanente o hijos bajo los presupuestos ya indicados en esta providencia.

En el evento en que no se tenga ni cónyuge, compañero permanente o hijos, al pensionado no le asiste el derecho. Por ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha concluido que es procedente el fenómeno de la prescripción si no se reclaman en tiempo por el titular del derecho, entre otras, en la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicación 27923 con ponencia de la H. Magistrada Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, la sentencia Rad. 40919 y Rad. 42300 del 18 de septiembre de 2012, y Rad. 57367 del 23 de julio de 2014 con ponencia del H. M. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que la pensión de vejez le fue reconocida a JAIME MUNÉVAR BERNAL mediante Resolución No. 025522 del 26 de octubre de 2001, notificada personalmente el 12 de febrero de 2002 (páginas 59 a 60 archivo 01 del ED); que para dicha fecha ya existía la dependencia económica de la señora Inés Gutiérrez, pero como el demandante solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo ante Colpensiones el 20 de septiembre de 2013 (páginas 57 a 58 archivo 01 del ED), evidencia la Sala que el término con el cual contaba el accionante para reclamar esta prestación ya había vencido, aunado a que la demanda ordinaria laboral fue radicada en la oficina de reparto el día 27 de octubre de 2015, como da cuenta de ello la documental visible a página 76 archivo 01 del ED.

De esta manera, de los argumentos expuestos y la jurisprudencia seguida, es viable concluir, que la excepción de prescripción está llamada a

prosperar, por lo que deberá la Sala revocar la sentencia apelada respecto a lo resuelto frente al demandante Jaima Munévar Bernal, para en su lugar, declarar probado dicho medio exceptivo. Por las resultas, las costas de primera instancia corre a cargo de los dos demandantes, fijando como agencias en derecho 1 SMLMV para cada uno a la fecha de su pago y a favor de Colpensiones. Sin costas en esta instancia.

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 los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la Sentencia del 16 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver a Colpensiones de las pretensiones formuladas en su contra por el señor JAIME MUNÉVAR BERNAL, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia del 16 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido del declarar probada la excepción de inexistencia del derecho respecto del señor GRANARIO CONDE YATE y la excepción de prescripción sobre los incrementos pensionales reclamados por el señor JAIME MUNÉVAR BERNAL, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

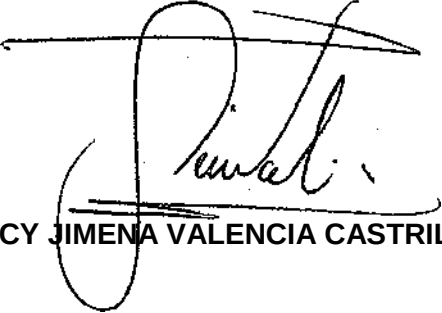
TERCERO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la Sentencia del 16 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido **CONDENAR** en costas de primera instancia a cargo de los demandantes, fijando como agencias en derecho 1 SMLMV para cada uno a la fecha de su pago y a favor de Colpensiones.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


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:	11001-31-05-003-2020-00391-01
DEMANDANTE:	ORFELINA ROMERO VÁSQUEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 28 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 Skandia S.A. y 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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ORFELINA ROMERO VÁSQUEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** con radicado No. **11001-31-05-003-2020-00391-01**.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se reconozca la ineficacia o la nulidad de la afiliación al RAIS realizada a través de la AFP Porvenir S.A., al igual que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM; como consecuencia de ello, condenar a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes que efectuó al RAIS, rendimientos, bonos pensionales y demás conceptos económicos relacionados con las cotizaciones efectuadas al RPM, sin efectuar ningún tipo de descuento; ordenar a Colpensiones a reactivar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 22 de junio de 1.969. Que empezó a cotizar a Seguridad Social en pensiones desde julio de 1.990. Que fue contactada por un asesor de Porvenir S.A., quien le insistió en la conveniencia de trasladarse al RAIS, asegurándole que el ISS estaba por ser liquidado, por lo que sus cotizaciones a dicha entidad se perderían y nunca obtendría una pensión, aunado a que al invertir en el mercado de valores tendría seguridad financiera y un rendimiento que triplicaría el monto de sus aportes en aras de obtener una pensión con un monto alto, razón por la cual suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A. en mayo de 1994. Afirmó que Porvenir S.A. se abstuvo de cumplir su deber de información y buen consejo al momento de efectuar la afiliación, puesto que no le suministró la información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, ni le informó las consecuencias de trasladarse de régimen, la edad mínima de pensión y la posibilidad de trasladarse nuevamente al RAIS. Que en enero de 2002 se trasladó a Protección S.A. y en agosto de 2018 se afilió a Skandia S.A.

¹ Páginas 2 a 20 archivo 03 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.²

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que su afiliación realizada con la AFP en el año 1.994 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, 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 términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

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

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.³

La demandada SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que a la demandante le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez y, que al momento de afiliarse con Skandia, venía de estar afiliada en Protección, por lo que ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes.

² Páginas 2 a 28 archivo 05 del expediente digital.

³ Páginas 2 a 22 archivo 06 del expediente digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.⁴

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la actora se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Añadió que, si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría de la activa, no es menos cierto que si la parte reclamante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado entre regímenes, máxime que 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 de régimen; responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social; 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

⁴ Páginas a 26 Archivo 07 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; innominada o genérica.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁵

La llamada en garantía MAPFRE, formuló su oposición a la prosperidad de las pretensiones aducidas en la demanda, por considerar en síntesis que la demandante no tiene el derecho, pues, 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. Agrega que, aunque las pretensiones no están dirigidas en contra de MAPFRE, sus efectos colaterales la alcanzarían.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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; en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada 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 no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante -Skandia S.A.- y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A.; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; reconocimiento oficioso de excepciones.

⁵ Páginas 2 a 23 Archivo 11 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

**ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.⁶**

La litisconsorte necesaria 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, toda vez que del formulario de vinculación se observa que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que 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. 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 de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección 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 y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de los

⁶ Páginas 2 a 21 archivo 12 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

aportes a la AFP Skandia, aplicación del precedentes sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, realizado el 25 de mayo de 1994, y los posteriores traslados horizontales, para entenderla vinculada en forma válida al RPM administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, gastos de administración, los valores de las primas de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se hubiese descontado; condenó a las AFP Porvenir S.A y Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores correspondientes a los gastos de administración, los valores de las primas de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada uno de estos fondos; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los dineros provenientes de las AFP Skandia S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del RPM, y actualice la información de la historia laboral de la actora en semanas de tiempo cotizado; absolver a la llamada en garantía Mapfre S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a Skandia, Porvenir, Protección y Colpensiones a favor de la activa y condenó en costas a Skandia S.A. a favor de Mapfre 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 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. Negó el llamamiento en garantía porque la aseguradora no incidió en las actuaciones que llevaron a la ineficacia de traslado de la actora, aunado a que la póliza allegada ampara los riesgos de muerte por riesgo común, invalidez por riesgo común y el auxilio funerario de los afiliados al RAIS, más no así los perjuicios derivados de las actuaciones de los fondos de pensiones, sin que se avizore por parte de Mapfre el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por manera que no existe fundamento legal y jurisprudencial que justifique el llamamiento en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA SKANDIA S.A.**, formuló recurso de apelación, aduciendo que la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que se generaron en el presente caso, teniendo en cuenta que Skandia administró la cuenta de ahorro individual de manera diligente, generando dineros adicionales que se transforman en los rendimientos, motivo por el cual ordenar la devolución de los gastos de administración y comisiones, desconocería el trabajo realizado por el fondo desde la data en que se afilió la activa, esto es, desde el año 2018. Frente a los seguros previsionales y gastos de administración, agregó que son descontados en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, acotando que esta última norma dispone que cuando hay un traslado entre administradoras se debe trasladar lo correspondiente a la cuenta de ahorro individual y fondo de garantía de pensión mínima, razón por la cual no se avizora norma que disponga que los fondos privados deben retornar los gastos y los seguros previsionales. Dijo que a través de concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia del 15 de enero de 2020, se indicó que cuando se trate de ineficacias de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la

cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con los rendimientos generados y el porcentaje de la garantía de pensión mínima, motivo por el cual tampoco se observa que se esté ordenando a devolver los seguros previsionales, que en todo caso no son administrados por la AFP, sino por la aseguradora Mapfre, y es por ello que, de permanecer la condena controvertida, los aportes relativos a seguros previsionales, deben estar a cargo de la aseguradora en mención, toda vez que, la ineficacia de traslado desvirtúa la existencia de los contratos de aseguramiento.

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación principalmente por la condena en costas, aduciendo para el efecto, que la entidad se limitó a cumplir el parámetro legal contenido en la Ley 797 de 2003, pues la activa se encontraba próxima a cumplir el requisito de edad para acceder a la eventual pensión de vejez. Igualmente, afirmó que en ningún momento se constató que la demandante haya sido diligente con su futuro pensional, al no haberse acercado al ISS a pedir algún tipo de información relacionada o complementaria, así como tampoco se acercó a Colpensiones, ratificando con su actuar y con los diversos traslados, su ánimo de permanencia en el RAIS. Sostuvo que en el presente caso no se han dado los presupuestos para una condena en contra de la entidad, ni para que se genere la ineficacia del traslado.

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 ORFELINA ROMERO VÁSQUEZ 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 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 **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 adocinado 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 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 79 archivo 05 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** posteriormente, ante **PROTECCIÓN S.A.** (página 22 archivo 12 ED) y **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** (página 23 archivo 6 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 las AFP demandadas 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 cuando se encontraba laborando en el año 1994, la visitó a su trabajo un asesor de Porvenir, quien le mostró la posibilidad de pasarse a dicho fondo, informándole sobre unas mejores condiciones de pensión en cuanto al valor y que el Seguro Social se estaba acabando. Sostiene que realizó traslado horizontal por solicitud de su empleador, porque pertenecían al mismo grupo empresarial. Concluye afirmando que el valor que obtendrá de pensión con Skandia, es considerablemente bajo respecto del que obtendría en Colpensiones, y por ese motivo busca retornar (Min. 30:58 – 51:13 archivo de audio y video 17 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; sin embargo, se observa que se omitió disponer que estos últimos 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 administradora del RAIS, por manera que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de adicionarse la sentencia opugnada sobre este aspecto, 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.

Adicionalmente, ha de indicarse que tales obligaciones, en el caso de Skandia S.A., deben ser asumidas en su totalidad por la mencionada AFP, puesto que en el presente caso no es procedente condenar a Mapfre, vinculada al trámite en condición de llamada en garantía, porque la póliza suscrita con la mencionada aseguradora solo cubre la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de una pensión cuando ocurre la muerte o invalidez de la afiliada; aunado a que la ineficacia del traslado de régimen se dio como consecuencia del incumplimiento al deber de información que radica única y exclusivamente en cabeza de las AFP, por

lo que esos conceptos son condenados con cargo a sus propios recursos, como ya se anotó.

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, contruidos 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 de la entidad de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de esta durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencidas en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones. Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a favor de la 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:

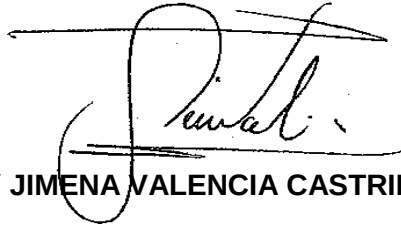
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 28 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a Skandia S.A., a Porvenir S.A. y a Protección S.A., a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **SKANDIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al

momento de su pago a favor de la actora.

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:	11001-31-05-003-2021-00271-01
DEMANDANTE:	GONZALO BARRETO GÁMEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 6 de diciembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, a los treinta (30) días del mes de marzo 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**, 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 conocer el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 6 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GONZALO BARRETO GÁMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-003-2021-00271-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la mesada catorce al señor GONZALO BARRETO GÁMEZ a

¹ Fs. 4-12 archivo 1
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

partir del mes de junio de 2018, fecha en que COLPENSIONES le suspendió la mesada adicional.

Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del mes de junio de 2018 hasta la fecha en que se verifique el pago, la indexación, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el demandante nació el 18 de mayo de 1954 y causó los requisitos de edad y tiempo de cotización antes del 31 de julio de 2011 por lo que mediante Resolución GNR147799 del 25 de junio de 2013 COLPENSIONES le reconoció la pensión a partir del 1º de julio de 2013 en cuantía inicial de \$1.193.009 junto con la mesada catorce y en la misma Resolución se indicó que la de fecha de causación de la pensión fue el 18 de mayo de 2009.

El 27 de abril de 2015 radicó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, la que fue resuelta mediante Resolución GNR 362503 del 18 de noviembre de 2015 reconociendo una mesada de \$1.683.991 para el año 2013 continuando con el pago de la mesada catorce hasta el mes de junio de 2018 en que COLPENSIONES suspendió el pago, sin informar la razón para ello.

El 7 de julio de 2020 radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando el pago de la mesada catorce sin respuesta a la fecha, con lo que se tiene por agotada la vía gubernativa.

Que el demandante siempre devengó una pensión inferior a 3 SMMLV.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES S.A.** al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la misma; aceptó los hechos relacionados con la documental aportada al proceso y negó los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, inaplicación de la indexación, buena fe, prescripción y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² Archivo 04 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de diciembre de 2022, declaró probada la excepción denominada INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN formulada por la demandada COLPENSIONES. ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda sin imponer condena en costas y remitió el proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que se encuentra agotada la reclamación administrativa y que no fue objeto de controversia la calidad de pensionado del actor, ni de la reliquidación de la mesada pensional inicialmente reconocida, por lo que procedió a resolver si le asiste el derecho a la mesada catorce con el pago del retroactivo, los intereses de mora y la indexación solicitados en la demanda.

Tuvo en cuenta que conforme al Acto Legislativo No. 1 de 2005 la mesada catorce se eliminó, salvo para las personas que adquirieran su pensión antes del 31 de julio de 2011 y para los que la mesada pensional no superara los 3 salarios mínimos legales. Revisó las Resoluciones allegadas al proceso respecto al reconocimiento de la pensión, la cual lo fue en cuantía inicial de \$1.193.009 con fecha de causación a partir del 18 de mayo de 2009, para lo que señaló que la pensión fue reconocida conforme al Acuerdo 049 de 1990 y que para ese momento la mesada no superaba los 3 SMMLV; igualmente tuvo en cuenta que la pensión se causó antes del 31 de 2011 pero con posterioridad al Acto Legislativo 1º de 2005, por lo que en principio COLPENSIONES le reconoció el pago de la mesada catorce.

Sin embargo, por solicitud del demandante COLPENSIONES procedió a reliquidar la pensión en cuantía de \$1.465.831 a partir del 27 de mayo de 2013 y posteriormente, volvió a solicitar la reliquidación de la mesada, por lo que se reconoció la suma de \$1.683.991 a partir del 27 de mayo de 2013 sin que se modificara la fecha de causación de la pensión. En razón a ello, consideró que le asiste razón a COLPENSIONES pues reliquidó la mesada con base en la fecha de causación y por ello la mesada para el año 2009, correspondía a una suma inicial de \$1.505.955, es decir, que superaba los 3 SMMLV para ese año.

Manifestó que no es posible entender que, si con posterioridad al reconocimiento pensional, se reduce ésta a una suma inferior a los 3 SMMLV se pueda reconocer la mesada 14.

Como consecuencia absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación y se relevó del estudio de las demás excepciones, sin imponer condena en costas.

CONSULTA

Procede la Sala a analizar el presente proceso remitido en el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPTSS, toda vez que la sentencia fue adversa al beneficiario y no se interpuso en su contra recurso de apelación.

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 atención al grado jurisdiccional de consulta a favor del pensionado demandante, 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 actor tiene derecho a la mesada catorce solicitada en la demanda, junto con el retroactivo, los intereses de mora y la indexación.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico planteado se debe tener en cuenta que la mesada 14 fue creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993, para pensionados cuya pensión no excediera de 15 salarios mínimos mensuales y posteriormente, el Acto legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada pensional, que mantuvo su vigencia hasta el 2011 para quienes se pensionaron entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011 cuya pensión no excedía de 3 salarios mínimos.

Para tener derecho a la mesada catorce se debe tener en cuenta la fecha en que se causaron los requisitos para tener derecho a la pensión, aunque su reconocimiento se haga en fecha posterior, conforme al inciso 8 del artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2015 que indica que se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se haya efectuado el reconocimiento»

En el caso en estudio, al demandante le fue reconocida la pensión mediante la Resolución GNR 147799 del 24 de junio de 2013 (fs. 16 a 21 archivo 1), momento para el cual se otorgó una mesada pensional de \$1.193.009.

En la mencionada Resolución se lee que el actor solicitó el reconocimiento de la prestación el 20 de noviembre de 2012 y para reconocerla, COLPENSIONES tuvo en cuenta que el actor había cotizado hasta el mes de mayo de 2013 un total de 1299 semanas y reconoció la pensión en aplicación de la Ley 33 de 1985, otorgando el estatus de pensionado a partir del 18 de mayo de 2009 con efectividad a partir del 1º de julio de 2013 con una tasa de remplazo del 75% sobre un IBL de \$1.590.678.

Ahora, el demandante el 17 de julio de 2013 interpuso los recursos de reposición y apelación en los que solicitó la reliquidación conforme lo establece el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es con el 75% de lo devengado en el último año de servicios con inclusión de todos los factores salariales a partir del 18 de mayo de 2009 fecha en que cumplió los requisitos, lo que fue negado inicialmente mediante la Resolución GNR 173758 del 16 de mayo de 2014, pero posteriormente al resolver el recurso de apelación, la Resolución VPB 2085 del 13 de noviembre de 2014 modificó la Resolución recurrida y reliquidó la prestación en cuantía de \$1.465.831 aplicando una tasa de remplazo del 75% sobre un IBL de \$1.954.441 con efectividad a partir del 27 de mayo de 2013 (fs. 400 a 414 archivo 4), por cuanto se incluyeron los factores salariales establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Por último, la Resolución GNR 362503 del 18 de noviembre de 2015 (fs. 426 a 430 archivo 4) resolvió la solicitud de reliquidación presentada por el demandante de fecha 27 de abril de 2015 y en virtud de la sentencia SU 230 de 2015 procedió a reliquidar la pensión del actor tomando como IBL la suma de \$2.245.321 a la que aplicó la tasa de remplazo del 75% para una mesada pensional de \$1.683.991 y en ella manifestó COLPENSIONES que teniendo en cuenta que el valor con el cual se está incrementando la mesada pensional, el suspender la mesada 14 por efecto de la reliquidación, no iba en detrimento de los intereses del asegurado, toda vez que sumada la diferencia en la que se incrementó la mesada y el valor anual recibido con la nueva mesada, resultaba más favorable a sus intereses.

La Corte Constitucional en sentencia SU-267 de 2019 indicó respecto a la aplicación del principio de la favorabilidad, lo siguiente:

“Esta Corporación también ha señalado que estos parámetros se relacionan intrínsecamente con el principio de interpretación pro persona, en virtud del cual deben aplicarse las normas jurídicas de tal forma que se procure la mayor protección y goce efectivo de los derechos de los individuos[79]. Esto, con el fin de que las disposiciones legales sirvan como instrumento para garantizar el respeto por los derechos y prerrogativas esenciales que, a su vez, se encaminan a materializar una “ mejor calidad de vida de las personas” [80]”.

Tomando en cuenta la jurisprudencia sobre la aplicación del principio de la favorabilidad, pasa la Sala al revisar si en efecto procedía la suspensión de la mesada catorce por efecto de la reliquidación de la pensión otorgada al actor, para lo que se observa que la mesada inicialmente reconocida a partir de mayo de 2013 fue por la suma de \$1.193.009 y la que correspondió conforme a la última reliquidación, a partir de esa misma fecha, fue por la suma de \$1.683.991, es decir que representa una diferencia de \$490.982, de donde se obtiene que anualmente se presentan diferencias.

Ello es así, porque la pensión liquidada inicialmente por catorce mesadas generaba para el año 2013 en que se hizo efectiva la prestación en cuantía de \$1.193.009, generaba un valor total anual a favor del actor de \$16.702.126 y la pensión reliquidada en cuantía de \$1.683.991 para el mismo año por trece mesadas, generaba un ingreso para el demandante de \$21.891.883, de donde se puede concluir que entre el derecho a mantener la mesada catorce y el derecho a que se reliquidara la mesada pensional, le resultaba más beneficiosa esta última, es decir la reliquidación de la pensión que superaba los 3 SMMLV.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su totalidad

Sin Costas en esta instancia por tratarse de la consulta de la sentencia de primera instancia.

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,

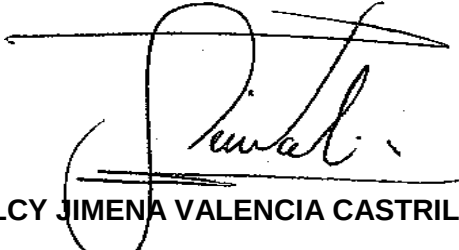
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del seis (6) de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a 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:	11001-31-05-005-2019-00463-01
DEMANDANTE:	JORGE ERNESTO CAICEDO SANTANDER
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 8 de abril de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	MODIFICA Y ADICIONA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 8 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE ERNESTO CAICEDO SANTANDER** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-005-2019-00463-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad de la afiliación al RAIS que realizó a través de la AFP Porvenir S.A., por haberse obtenido con vicios en el consentimiento; como consecuencia de ello, ordenar a Colpensiones a afiliarlo en el RPM, procediendo a recibir por parte de la AFP Porvenir S.A. la totalidad de los aportes ahorrados durante el tiempo de su afiliación hasta su efectivo traslado; condenar a la AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de sus ahorros en la cuenta individual más el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas durante todo el tiempo de su afiliación; condenar a la AFP Porvenir S.A. a pagar los cálculos actuariales, diferencias económicas e indemnizaciones a que haya lugar; se condene en costas a las demandadas. De manera subsidiaria, pretende se declare que la AFP Porvenir S.A. es responsable por inducción en error al momento de diligenciar su vinculación y traslado al RAIS; en consecuencia, condenar a la AFP Porvenir S.A. a pagarle solidariamente una pensión vitalicia de vejez, bajo las mismas condiciones a las que le hubiese correspondido en el RPM, además de indemnizaciones, intereses, correcciones monetarias y/o cálculos actuariales a que haya lugar.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 14 de diciembre de 1961 e inició su vida laboral el 26 de septiembre de 1985, por lo cual fue vinculado como cotizante a la Caja de Previsión Social PREVINAR, por ser empleado público de la Gobernación de Nariño. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en septiembre de 1995, cuando fue visitado por agentes comerciales del fondo, quienes le afirmaron que en la AFP lograría pensionarse con una mesada equivalente al 110% de sus ingresos al momento del retiro, y con requisitos de edad y tiempo de cotizaciones menores que los exigidos en el RPM. Que de acuerdo a proyecciones pensionales realizadas por Porvenir S.A., su pensión de vejez en el RPM sería mayor a la

¹ Páginas 1 a 12 Archivo 03 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

que percibiría en el RAIS. Sostiene que no le fueron explicados los riesgos relacionados con el manejo de su cuenta de ahorro en la bolsa de valores, la diferencia en las tasas de reemplazo en ambos regímenes, ni la incidencia que tendría su decisión de cambio de régimen pensional, pues no le fue suministrada la información necesaria para tomar tal decisión, de modo que su manifestación de consentimiento se obtuvo bajo afirmaciones y promesas que resultaron alejadas de la realidad.

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, en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el actor, se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. Añade que, según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, literal e), los afiliados al Sistema General de Pensiones, no podrán trasladarse de régimen cuando les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, situación que ocurre en el presente caso, pues el demandante solicitó el traslado el 9 de abril de 2019 y la edad para pensionarse la cumplirá el 14 de diciembre de 2023, es decir, faltando cuatro años para cumplir la edad requerida en la ley, a efectos de acceder a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48

² Páginas 14 a 104 archivo 10 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 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 régimen pensional del demandante es completamente válido, en la medida que no aporta prueba que permita concluir que se dio por incumplimiento del deber de información. Además, señala que, si lo que arguye el demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda; sin embargo, de acuerdo con los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error fuerza o dolo. A más que, el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP, con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de abril de 2022, declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS, que realizó el actor a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenó a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y, a su vez, a esta entidad a recibir los aportes

³ Páginas 2 a 25 archivo 15 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

del demandante procediendo a actualizar su historia laboral; 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 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 nulidad de traslado 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 debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, no es procedente efectuar un traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión, exceptuando a aquellos afiliados que al 1º de abril de 1994 contaren con 15 años de servicios cotizados, lo cual se sustenta en el Acto Legislativo 001 de 2005 modificatorio del artículo 48 de la CP, acotando que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas al cumplimiento u observancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Aunado a lo anterior, afirma que el demandante en el presente caso no es beneficiario del régimen de transición, para hacer su traslado en cualquier tiempo, como lo definido en las sentencias de la Corte Constitucional C-789 de 2002, C-1094 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, las cuales abrieron el camino para ese traslado a quienes cumplían el aludido requisito de los 15 años. Añade que, la Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia SL10038-2015 y la sentencia con radicado 37174, así como la sentencia STL10825, ha indicado que la declaración de nulidad de la afiliación por falta de cumplimiento del

deber de información por parte de las AFP, opera sólo para las personas beneficiarias del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condición que no reúne el actor.

Adujo que el demandante elevó solicitud de traslado el 9 de abril de 2019, data para la cual contaba con 57 años de edad, además no cuenta con 15 años de cotizaciones, por lo que no queda otra alternativa distinta a la de concluir que está inmerso en la prohibición legal de traslado, y por ende, resultaría a todas luces improcedente por parte de Colpensiones tenerlo como afiliado al RPM, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

Dijo que en la sentencia SU-062 de 2019, se estableció el cálculo de rentabilidad como una operación tendiente a determinar si el afiliado que desea trasladarse del RAIS al RPM, faltándole menos de 10 años para pensionarse, debe cumplir con el requisito de ahorro realizado en el primero, el cual no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiese permanecido en el RPM, para así poder establecer si procede o no el traslado de régimen.

Agregó que, el fondo debía brindar información, pero sería el afiliado quien determinaría a qué fondo realizaría sus aportes, por lo que resulta desmedido exigir a la AFP que hubiese realizado una proyección pensional o imponer un deber adicional, cuando no se había impuesto esta exigencia en el ordenamiento jurídico. Por último, solicitó que se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró el demandante con el fondo privado, y por lo tanto, tiene efectos *inter partes*, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada, Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, pues la decisión tomada por la parte actora se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones

de ninguna naturaleza y bajo el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por las normas que se encontraban vigentes para la fecha en la que se produjo. Sostuvo que, antes de tomar la decisión, el actor recibió la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, suscribió el formulario de solicitud de vinculación que cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la Superintendencia Bancaria y, manifestó expresamente que lo suscribía de forma libre y voluntaria. En lo que respecta a la condena de devolver rendimientos, manifiesta que la misma no es procedente, al no resultar coherente con la declaratoria la ineficacia *ex tunc*, cuyos efectos no pueden ser relativos, pues como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, la consecuencia de tal declaración, consiste en entender que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, y en ese sentido, se tiene que los frutos tampoco se generaron, así como los rendimientos financieros, al ser privativos del RAIS, los cuales pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría en el RPM, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. Por último, sostuvo que una vez desestimada la eficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución a los valores a que fue condenada la AFP Porvenir S.A., deberá desestimarse 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 JORGE ERNESTO CAICEDO SANTANDER 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 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 adocinado 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 57 archivo 03 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 **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 1995, cuando trabajaba en la Gobernación de Nariño, en el medio se hablaba mucho de la desaparición del ISS y de la necesidad de cambiarse a los fondos privados, que eran nuevos en ese momento, por manera que se presentaron asesores comerciales de Porvenir S.A. a las oficinas donde él laboraba, quienes le informaron que la “*parte pública*” terminaría y se corría el riesgo de que los recursos que había entregado a título de pensiones se podían perder, por lo que era urgente el traslado a un fondo privado, donde podría adquirir una pensión más alta, a una edad menor, aunado a que sus ahorros iban a tener un margen de ganancias mayor. Afirma que los asesores asistieron varios días a las oficinas, llevaron unos formatos, y dado que informaban que el cambio debía ser rápido, aceptó el mismi, firmando el formulario de afiliación, sin recibir otro tipo de información (Min. 09:18 – 24:50 archivo de audio y video 21 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, es procedente declarar la ineficacia de traslado que efectuó la parte actora, debiéndose por tanto, modificar la decisión de primer grado sobre este aspecto, ya que el Juzgado de Conocimiento declaró su nulidad, desconociendo lo que al respecto puntualizó la CSJ, como ya se anotó al inicio de esta decisión.

Ahora bien, en lo que sí acertó al A quo fue en la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos generados a su favor durante el tiempo en que estuvo vinculado al RAIS, pues aunque nunca perteneció al otrora ISS, sino a la Caja de Previsión Social Prevenir de Nariño, no puede pasarse por alto que conforme al artículo 34 del Decreto 692 de 1994, la administración del régimen de prima media corresponde al ISS hoy Colpensiones y a las Cajas de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994, mientras estas subsistan, quienes en todo caso no pueden recibir nuevos afiliados después de dicha data, por tanto, el convocante debe retornar al RPM a través de la demandada Colpensiones.

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; sin embargo, omitió ordenar la devolución de 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 la 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, por manera que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia aquí estudiada, para disponer la devolución de tales emolumentos; 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 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 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, contruidos 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 insiste, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., 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 8 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, realizado por el señor **JORGE ERNESTO CAICEDO SANTANDER** a través de la **AFP PORVENIR S.A.**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 8 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que el demandante estuvo afiliado 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 **PORVENIR S.A.** 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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá



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:	11001-31-05-006-2019-00490-01
DEMANDANTE:	JESÚS NORBEY SALAZAR CASTAÑO
DEMANDADO:	TEXIM Y CIA LTDA Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 11 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Estabilidad laboral reforzada
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 parte DEMANDANTE contra la sentencia del 11 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JESÚS NORBEY SALAZAR CASTAÑO** contra **TEXIM Y CIA LTDA.** y los socios **FERNADO RACHID TALERO CONTRERAS, CATALINA TALERO ALDANA** y **CAMILO TALERO ALDANA**, con radicado No. **11001-31-05-006-2019-00490-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por un año entre las partes, del 16 de agosto de 2016 al 12 de febrero de 2018, cuya terminación es ineficaz por ser despedido cuando gozaba

¹ Paginas 1 a 15 Archivo 00 y 1 a 9 archivo 10 carpeta 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

del fuero de estabilidad laboral reforzada, a causa de su condición de salud, e igualmente que, los socios de la demandada son solidariamente responsables con su patrimonio, de las condenas que se profieran; como consecuencia de ello, se condene a la demandada y solidariamente a sus socios, a su reintegro sin solución de continuidad, desde el 12 de febrero de 2018 al mismo cargo con las mismas condiciones con que contaba a la data del despido, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas desde la fecha de finiquito hasta que se haga efectivo el reintegro, así como la indemnización de 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sanción por falta de consignación de las cesantías, aportes al sistema de seguridad social integral, el valor de los beneficios que en igualdad de condiciones otorgue a sus demás trabajadores, indexación, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que laboró al servicio de la empresa demandada desde el 16 de agosto de 2016, desempeñando el cargo de Asesor Comercial. Que en su examen de ingreso de fecha 8 de agosto de 2016, se indicó que era apto para el cargo, con patología que no limita la labor. Que el 26 de abril de 2017, cuando se movilizaba en bus de transporte público, presentó trauma cervical y lumbar, adquiriendo entre otras, las siguientes patologías: trastornos de los discos intervertebrales, cervicalgia y síndrome de túnel carpiano. Que adicionalmente presenta otras patologías no derivadas de la prestación del servicio, tales como: diabetes mellitus, hipertensión esencial, hiperlipidemia mixta, las cuales se encontraban en tratamiento y con recomendaciones médico laborales. Que en concepto de rehabilitación de fecha 12 de octubre de 2017, se determinó concepto favorable de rehabilitación, precisando que el tiempo mínimo del tratamiento se extendía entre 6 a 12 meses.

Añadió que ante las dudas de la demandada sobre su estado de salud fue remitido a examen ocupacional el día 3 de octubre de 2017, en el cual le prescribieron recomendaciones médico laborales y se dispuso reubicación laboral a teletrabajo, no obstante, la empresa decidió que debía desplazarse diariamente en transporte público hasta el municipio de Funza a su nueva sede y omitió el concepto en referencia, lo cual afectó su salud y recuperación. Que la empresa inconforme con el mentado examen ocupacional, requirió uno nuevo, el cual se llevó a cabo el 21 de diciembre de 2017, siendo reiteradas las recomendaciones laborales y la solicitud de reubicación laboral. Que el 12 de febrero de 2018, a los pocos días de haber regresado de una de sus incapacidades, se le dio por terminado su contrato de trabajo sin justa causa. Que solicitó ante la demandada reintegrarlo al

cargo desempeñado, frente a lo cual esta contestó por orden de juez de tutela que sus patologías son de origen común y que presentaba concepto favorable de rehabilitación, lo cual implica que se encuentra en capacidad de continuar laborando sin restricción alguna.

Dijo que si bien la empresa en su respuesta refirió que presentó como ultima incapacidad la expedida el 19 de diciembre de 2017, ello es contrario a la realidad, toda vez que la EPS Compensar certificó que se tramitaron incapacidades hasta el 27 de mayo de 2018, pero que las generadas desde el 11 de diciembre de 2017 no le fueron pagadas por la EPS por glosas. Que en esa misma comunicación la demandada indicó que se había acercado al Ministerio del Trabajo en donde la inspectora le refirió que el trabajador no tenía estabilidad laboral reforzada, porque tenía concepto favorable de rehabilitación y por ello el finiquito no era ilegal, al no tener estabilidad laboral reforzada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La sociedad demandada y los socios convocados se opusieron a las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expusieron en síntesis, que las recomendaciones dadas por la EPS no eran de orden médico laboral, pues la entidad las definió como plan casero de ejercicios que el demandante debía observar en su casa, lo cual no le impedía el normal desempeño de sus funciones como Asesor Comercial, que ejerció en horario especial asignado por iniciativa de la empresa. Adujo que el concepto médico emitido por la entidad Sistema Integrales en Salud Ocupacional no menciona reubicación laboral de teletrabajo, pues en realidad se ordena reubicación en la sede, lo cual acató. Indicó que el actor no ostentaba la estabilidad laboral reclamada, toda vez que nunca tuvo una pérdida de capacidad laboral del 15% y el concepto de rehabilitación expedido por la EPS Compensar fue favorable. No formularon excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 11 de octubre de 2022, absolvió a la demandada y a los socios de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor y condenó en costas al extremo activo.

² Páginas 98 a 107 y 155 a 165 Archivo 00 Carpeta 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, la A quo señaló, previa mención de que estaba plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el cual terminó sin justa, que el despido de la parte activa operó sin que estuviera amparada por el fuero de salud, pues no existen pruebas de su estado a la data del finiquito, tampoco se acredita que estuviera incapacitado, ni que tuviera una mengua de tal magnitud que lo convirtiera en sujeto de especial protección por su condición de salud. Adujo que no se encuentra probado que la demandada hubiera sido notificada de la orden de reubicación en teletrabajo, pues tal documental solo fue aportada por el actor, sin sello de recibido de la empresa, mientras que la allegada por la convocada solo indica que debía ser reubicado en sede de la compañía, lo cual se reitera en el siguiente examen ocupacional, sumado a que los testigos fueron claros y contestes en indicar que no se conoció por la convocada una orden de reubicación en teletrabajo. Añadió que el actor fue reubicado en tele mercadeo para que no tuviere que ir puerta a puerta ofreciendo el portafolio de servicios, sino que lo hiciera desde las instalaciones de la demandada, sin que ello implicara desmejora en sus funciones o en su salario. Dijo que el demandante confesó que jamás fue discriminado por la empresa por su condición de salud, y por el contrario, le fueron otorgados los permisos para sus citas médicas; además, sus patologías fueron de origen común, fue pensionado por la AFP Colfondos y no existe evidencia que estuviere en trámite de calificación de PCL.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que no se efectuó un estudio del expediente por parte del Juzgado de Conocimiento, toda vez que no fue valorada una prueba evidente, que se originó en una revisión ordenada por la empresa el 7 de marzo de 2018 a las 8:43 horas, en la cual se indica con claridad que el convocante debía ser reubicado en teletrabajo en casa, lo cual fue expedido el mismo día que remitieron al actor a una nueva valoración a las 5:00 pm, con la que sí estuvo de acuerdo la empresa, para efectos de poder despedirlo. Añadió que no es procedente exigir sello de recibido de la empresa, porque fue esta quien solicitó la realización del examen médico ocupacional del demandante, por lo que debía tener conocimiento que tenía restricciones para desplazarse de casa en el servicio público, siendo deber de la empresa asegurarse que no tuviera que hacer ningún desplazamiento, sin embargo, ello no fue cumplido por la convocada, generándole una desmejora en su salud.

Dijo que se encontraba en una condición de debilidad manifiesta, conforme al criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, porque tenía orden de reubicación, recomendaciones médicas y valoraciones periódicas; sumado a ello, los testigos indicaron que era conocimiento de la empresa que el actor había tenido una cirugía, además que estaba en curso un proceso de calificación, pues en el dictamen aportado por la propia demandada, se recomienda seguir con la calificación por pérdida de PCL.

Insistió en referir que la empresa remitió al actor a dos exámenes médicos el mismo día, porque el primer criterio médico no le sirvió, y además, antes de despedirlo procedió a hacer consultas ante la EPS Compensar sobre su estado de salud, a efectos terminar el contrato de trabajo, por lo que se encuentra demostrado que el finiquito lo fue de manera discriminatoria, resaltando que el cargo de Asesor Comercial aún existe en la empresa, por lo que para proceder a romper el vínculo laboral la pasiva debió solicitar el aval del Ministerio del Trabajo.

Señaló que tal y como se manifestó en la sentencia SU 087 de 2022, en la cual se revocó una decisión de la CSJ, no se requiere demostrar una pérdida de PCL, toda vez que ello desconoce el precedente e implica una violación directa de la Constitución, acotando que en todo caso, el actor se encuentra actualmente pensionado por invalidez, al presentar una pérdida de PCL superior al 50%, que si bien fue originada por una enfermedad de origen común, ello no desdice del fuero de salud que lo ampara, porque conforme a jurisprudencia de la CSJ y de la Corte Constitucional, tal protección no depende del origen de la enfermedad.

Indicó que conforme a la sentencia SL1959-2021, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar de manera suficiente y creíble que la terminación del contrato de trabajo, fue consecuencia de la necesidad de la empresarial; igualmente, que no tiene ninguna incidencia sobre el reintegro solicitado, el hecho que el accionante esté pensionado, porque conforme a la jurisprudencia, la Ley 361 de 1.997 y la Ley 100 de 1.993 modificada por la Ley 797 de 2003, se han contemplado beneficios para las personas discapacitadas, de manera que pueden reintegrarse al campo laboral. Concluye advirtiendo que también procede reconocer la responsabilidad solidaria de los socios demandados.

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 problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, primero: 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 deprecadas en el escrito inicial; segundo: si los socios demandados son responsables solidarios de los derechos laborales reclamados.

CONSIDERACIONES

No es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y por el término de 3 meses, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Asesor Comercial Junior (Páginas 7 a 11 Archivo 04 Carpeta 01 Expediente Digital); **2.** Que el 12 de febrero de 2018, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo en referencia **sin justa causa** (Página 36 Archivo 04 Carpeta 01 Expediente Digital); **3.** Que el último salario promedio devengado por el actor ascendió a la suma de \$1.747.994 (página 52 archivo 00 carpeta 01 ED).

Para resolver el problema jurídico planteado, 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 resolutive 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 2° 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 5° 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 de 1997, si bien preferiblemente debe acudir 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 aquélla, 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 de 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 a la fecha del finiquito tenía comprometido su estado de salud, pues según se desprende del historial clínico que aportó al proceso, se tiene que padece de trastorno de disco cervical con mielopatía, en virtud del cual tuvo manejo quirúrgico en agosto de 2017, aunado a que si bien le fue emitido concepto favorable de rehabilitación el 12 de octubre de 2017, lo cierto es que en dicho documento también se indicó que aún se encontraba en manejo con fisioterapia, por lo que se debía esperar su evolución para definir pronóstico y secuelas definitivas (página 33 archivo 00 carpeta 01 ED). En igual sentido, se constata que, por causa de su enfermedad, el convocante estuvo incapacitado de manera ininterrumpida del 20 de

junio de 2017 al 3 de octubre de 2017 y del 30 de octubre de 2017 al 2 de febrero de 2018, siendo oportuno acotar que las demás incapacidades acreditadas son posteriores a la terminación del vínculo laboral (página 53 archivo 00 carpeta 01 del ED).

Adicional a lo anterior, se tiene demostrado, tanto por la documental aportada por el demandante, como por la allegada por el extremo pasivo, que el 3 de octubre de 2017, a las 09:59:03 a.m., al demandante le fue practicado examen periódico ocupacional a través de Sistemas Integrales de Salud Ocupacional IPS, tal como se constata de las documentales adosadas por el accionante a páginas 35 a 41 y las allegadas por la pasiva a página 114 archivo 00 carpeta 01 del ED, cuyo contenido coincide en cuanto a que se ordenaron al actor unas recomendaciones médicas preventivas, a saber:

1. Capacitación en higiene postural, pausas activas y en levantamiento de cargas.
2. Ajustar la pantalla del computador a la altura de los ojos y que la pantalla se encuentre de frente a la mirada.
3. Puede digitar de forma prolongada hasta máximo una hora e intercalar con pausa activa.
4. Puede levantar, arrastrar, empujar y halar cargas hasta 3 kg bimanual.
5. Realizar pausas activas cada 3 veces al día (antes durante y después de cada jornada laboral) con actividades de pre calentamientos antes y después de cambiar de labor.
6. Evitar movimiento repetitivo de flexo extensión del cuello y actividades que se encuentren fuera del ángulo de confort del cuello y de la columna.
7. Evitar desplazarse en servicio público (buses), no conducir vehículos por más de 2 horas (suspender actividades de visita de clientes puerta a puerta).
8. Continuar con controles médicos por ortopedia, neurocirugía en EPS.
9. Extender dichas recomendaciones al ámbito extralaboral.
10. Generar prácticas en autocuidado y continuar con medicación instaurada, debe bajar de peso.

No obstante, se observa que el concepto médico allegado por la parte demandante difiere del allegado por la demandada, en cuanto a las observaciones realizadas por el médico tratante, pues mientras que en el primero se recomendó reubicar al actor en teletrabajo, por presentar una alteración que interviene en el desplazamiento del hogar a la oficina, en el segundo, se recomendó reubicar al

convocante en la sede de la empresa, frente a lo cual se desconoce la razón de la diferencia anotada, porque la fecha y hora de atención referenciadas en ambos documentos son las mismas, esto es, 03 de octubre de 2017 a las 09:59.03, no siendo atendible lo que al efecto indicó el actor en su alzada, en cuanto a que la pasiva lo remitió dos veces el mismo día, en horario distinto a la realización de examen médico ocupacional, porque ello no está acreditado en el proceso, pues se *itera*, el certificado médico de aptitud allegado por la empresa, recibido por esta el 10 de noviembre de 2017, da cuenta de la misma hora de atención señalada en el certificado adosado por el trabajador.

Siendo oportuno indicar que, no entiende el Tribunal la razón por la cual en el documento allegado por la demandada de fecha 3 de octubre de 2017 se dio una recomendación diferente en relación con la reubicación del demandante, porque tal situación no se encuentra acreditada en las diligencias, siendo lo único claro para la Sala que sobre el tema, lo único que conoció la pasiva es que debía reubicar al actor en la sede de la empresa, conforme al concepto médico que sí recibió de la IPS Sistema Integrales en Salud Ocupacional y que obra a página 114 archivo 00 carpeta 01 del ED, no siéndole oponible el concepto médico adosado por el actor obrante en las páginas 35 a 41 del mismo archivo, máxime que las testigos María Juanita Suárez Linares (min. 02:25 – 20:54 archivo de audio y video 10 ED) y Paula Esperanza Castañeda Hernández (min. 02:01 – 24:21 archivo de audio y video 11 ED) asistentes de gestión humana de la demandada, fueron contestes y coincidentes en indicar que nunca se recibió por la empleadora una orden de reubicación del actor en casa bajo la modalidad de teletrabajo.

Pese a ello, considera la Sala que contrario a lo concluido por el Juzgado de Conocimiento, el demandante a la fecha del finiquito sí se encontraba en una condición de debilidad manifiesta por su estado de salud, pues a la data del despido se encontraban vigentes la recomendaciones médicas referidas, que además, dieron lugar a una reubicación del convocante, la cual según lo confesado por la representante legal de la demandada en su interrogatorio, consistió en ubicar al actor en la sede de la empresa, para que desempeñara su labor de asesor comercial desde allí y por medio de telemarketing, esto es, por vía telefónica, en aras de evitar los normales desplazamientos que este realizaba en ejercicio de su cargo, ya que normalmente, en ejercicio de sus funciones debía visitar a sus clientes puerta a puerta para ofrecer el portafolio de servicios y efectuar cobros; además se le dio un horario preferencial, en tanto llegada tipo 9:00 a.m. y salía entre 2:30 y 3:00 p.m. y,

no tenía metas de ventas ni de llamadas, todo lo cual ocurrió en el año 2018 (min. 02:35-19:45 archivo de audio y video 08 del ED).

Por tanto, es claro que el demandante por razón de su patología, no podía ejecutar las actividades propias de su cargo y para las cuales inicialmente fue contratado, porque debido a las recomendaciones laborales que le fueron extendidas, y en particular, la orden de no realizar desplazamientos en transporte público o conducir vehículos por más de 2 horas, no podía realizar visitas a sus clientes, como era lo normal en el desempeño de sus funciones, y fue precisamente por tal razón que se recomendó reubicación del demandante en la sede de la pasiva, la cual fue cabalmente cumplida por esta, según ella misma lo afirmó y lo aceptó el actor en su interrogatorio de parte (min. 0:51 – 28:24 archivo 09 ED).

En ese orden, diáfano resulta concluir que el reintegro solicitado en principio sería procedente, contrario a lo determinado por el A quo, por cuanto el demandante acreditó que padece una enfermedad notoria, evidente y perceptible, que le impedía o dificultaba sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares, sin embargo, ha de decirse que el reintegro solicitado en la demanda resulta imposible jurídica y materialmente, dado que, conforme a confesión realizada por el demandante en su interrogatorio de parte, este se encuentra devengado pensión de invalidez desde el mes de septiembre de 2019, por cuanto se le calificó una PCL del 50,68% (min. 0:51 – 28:24 archivo 09 del ED), siendo claro que el señor Salazar Castaño, no cuenta con aptitud para prestar su servicios a favor de la convocada, por manera que debe reconocerse a título de indemnización de perjuicios, el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales causadas desde el 13 de febrero de 2018 hasta en día anterior al cual comenzó a percibir su pensión, esto es, hasta el 31 de agosto de 2019, tal y como lo ha definido la CSJ en los casos en los cuales resulta imposible llevar a cabo el reintegro, entre otras, en la sentencia SL1792-2019.

Así las cosas, se tiene que la demandada debe reconocer a favor del actor \$32.512.688 a título de salarios debidos, \$2.855.057 por concepto de cesantías, \$342.607 por intereses a las cesantías, \$2.855.057 a título de primas de servicios y \$ 1.427.528 por concepto de vacaciones, lo cual se calculó teniendo en cuenta el último salario promedio reportado en la liquidación definitiva del contrato de trabajo de \$1.747.994 (página 52 archivo 00 carpeta 01 ED), sin que además, pueda considerarse que la pasiva pueda efectuar algún descuento, toda vez que no se formuló la excepción de compensación.

Así mismo, se condenará a la accionada a pagar la suma de \$10.487.964 por concepto de 180 días de salario, a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Las sumas anotadas deberán reconocerse debidamente indexadas al momento del pago, conforme al fenómeno inflacionario de la devaluación de la moneda.

Sobre los aportes a la Seguridad Social Integral deprecados en la demanda, no se accederá a su reconocimiento, en la medida que el actor se encuentra pensionado desde septiembre de 2019, como se había indicado con anterioridad.

En lo que comporta a la sanción por falta de consignación de las cesantías, base con decir que esta se torna improcedente, toda vez que ante la terminación del contrato de trabajo el 12 de febrero de 2018, el empleador no se encontraba obligado a consignar dicha prestación a favor del trabajador, y si bien se ha declarado la ineficacia del despido, solo a partir de esta decisión es que surge para la encartada la obligación de reconocer las cesantías causadas hasta el 31 de agosto de 2019 a favor del convocante, a título de indemnización ante la improcedencia del reintegro, como ya se anotó.

Por último, con la prueba obrante a páginas 1 a 6 archivo 04 carpeta 01 del ED se demuestra que las personas naturales accionadas son socias de la compañía de responsabilidad limitada que se convocó al juicio en condición de empleadora, por lo que las condenas referidas en precedencia se les extenderán solidariamente hasta el límite de sus aportes, en virtud de que se configuran los presupuestos previstos en el artículo 36 del CST.

Conforme a lo expuesto se revocará la sentencia aquí estudiada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de 1SMLMV a la fecha de su pago, a cargo de cada socio y de la sociedad convocada.

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 11 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del despido acaecido el 12 de febrero de 2018, por originarse en la condición de salud del señor JESÚS NORBEY SALAZAR CASTAÑO; en consecuencia, se condena a TEXIM Y CIA LTDA. y solidariamente a sus socios FERNANDO RACHID TALERO CONTRERAS, CATALINA TALERO ALDANA y CAMILO TALERO ALDANA hasta el monto de sus aportes, a pagar a favor del actor las siguientes sumas y conceptos a título de indemnización de perjuicios ante la improcedencia del anhelado reintegro:

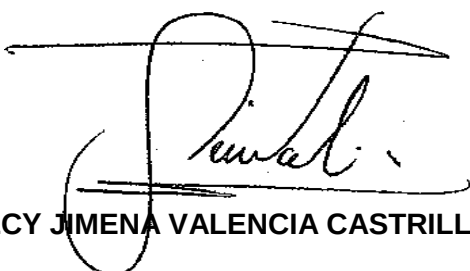
- \$32.512.688 a título de salarios debidos
- \$2.855.057 por concepto de cesantías
- \$342.607 por intereses a las cesantías
- \$2.855.057 a título de primas de servicios
- \$ 1.427.528 por concepto de vacaciones

Igualmente, se condena a la encartada a pagar a favor del actor la suma de \$10.487.964 por concepto de 180 días de salario, a título de indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con indexación de las sumas adeudadas a la fecha del pago.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de 1SMLMV a la fecha de su pago, a cargo de cada socio y de la sociedad convocada.

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:	11001-31-05-011-2017-00752-02
DEMANDANTE:	CARLOS EDUARDO GIL ROA
DEMANDADO:	DRUMMOND LTD. y HL INGENIEROS S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 29 de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	REVOCA PARCIAL Y ADICIONA

Hoy, diecisiete (17) de marzo 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 29 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS EDUARDO GIL ROA** contra **DRUMMON LTD. y HL INGENIEROS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-011-2017-00752-02**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 4 de enero de 2006 hasta el 21 de marzo de 2017, fecha en que terminó de manera unilateral y sin justa causa. Se declaren solidariamente responsables las demandadas al pago de la reliquidación de salarios

¹ Fs. 5-41 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

y prestaciones sociales tomando en cuenta todos los factores salariales cotidianos y permanentes recibidos por el actor, el pago de la sanción contenida en el artículo 65 del C.S.T. y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso y las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que entre el actor y HL INGENIEROS S.A. se celebraron varios contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, para prestar servicios en actividades misionales de la sociedad DRUMMOND LTD., con un salario de \$4.146.000.

El primer contrato inició el 4 de enero de 2006 por dos meses, prestando sus servicios en la costa Atlántica y varios contratos a término fijo inferior a un año hasta el 20 de marzo de 2010 para DRUMMOND LTD., laborando en la costa Atlántica. El 25 de marzo de 2010 el demandante se retiró voluntariamente de HL INGENIEROS S.A., pero siguió prestando sus servicios para DRUMMOND LTD., a través de la bolsa de empleos Servicios y Asesorías del Litoral hasta el 18 de octubre de 2010 realizando actividades misionales para DRUMMOND LTD.

Nuevamente prestó servicios para DRUMMOND LTD., a través de la intermediaria HL INGENIEROS S.A. desde el 19 de octubre de 2010 hasta el 27 de diciembre de 2010, laborando en el sector La Mina, con prórrogas consecutivas hasta junio de 2012 cuando fue trasladado a El Puerto, cumpliendo un horario de trabajo de 7 am a 12 m y de 1 pm a 4 pm durante 45 días consecutivos y con 5 días de interrupción (descanso), utilizando las herramientas de DRUMMOND LTD., las cuales estaban a su cargo en cuanto a mantenimiento y reparación.

A partir del año 2014 prestaba sus servicios por 30 días consecutivos y 5 de descanso a partir del 2 de enero hasta el 27 de febrero de 2014. La DRUMMOND LTD., a través de HL INGENIEROS S.A. celebró varios contratos con el actor, a saber: A partir del 1º de marzo de 2014 hasta el 27 de junio del mismo año; del 1º de julio hasta el 19 de octubre de 2014; del 21 de julio de 2014 al 20 de abril de 2015; del 23 de abril al 22 de noviembre de 2015; del 24 de noviembre al 23 de diciembre de 2015; del 4 de enero al 22 de diciembre de 2016 y del 5 de enero al 21 de marzo de 2017, fecha en que fue terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa.

Las órdenes, herramientas y el lugar de trabajo provenían de DRUMMOND LTD a través de la intermediaria HL INGENIEROS S.A., y durante toda la relación

laboral realizó las funciones de capataz de mantenimiento de las obras de DRUMMOND LTD, quien además le cancelaba mensualmente los siguientes valores y conceptos: \$260.000 quincenales por concepto de auxilio de transporte; \$270.000 quincenales por concepto de desplazamientos; \$300.500 por alimentación y \$300.500 por auxilio de vivienda, los cuales no fueron tenidos en cuenta como factor salarial para el pago de su liquidación.

El contrato de trabajo fue terminado sin justa causa el 21 de marzo de 2017 sin preaviso cuando ya se había renovado automáticamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **H.L. INGENIEROS S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó la existencia de los contratos a término fijo y las funciones realizadas por el demandante; negó los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones las siguientes: No se pretende la declaratoria de responsabilidad de carácter solidario, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la obligación, inexistencia de intermediación laboral y validez de la celebración de contratos a término fijo, y trabajo con solución de continuidad.

La demandada DRUMMOND LTD., al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda; manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda; propuso como excepciones previas las de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones, las cuales se declararon no probadas en la audiencia del artículo 77 del CPTSS (fs.392 y sig. archivo 2), y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y la genérica.

Al proceso fueron llamadas en garantía BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – SEGUROS CONFIANZA (fs. 36 a 40 y 68 a 72 archivo 2), lo que fue aceptado mediante auto del 19 de julio de 2018 (fs. 93 a 95 archivo 2)

BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. contestó la demanda (fs. 114 – 134 archivo 2) aceptando la celebración de varios contratos a término fijo entre el actor y HL INGENIEROS S.A. y negó o manifestó no constarle

² Fs. 110 a 132 Archivo 01 y 1 a 16 Archivo 2
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación por parte de H.L. INGENIEROS S.A.; las pólizas solo amparan personal contratado para la ejecución de las órdenes de servicios y no para toda la planta de personal de la contratista; inexistencia del vínculo laboral para la ejecución exclusiva de las órdenes de compra afianzadas; no retroactividad de las pólizas; límite y disponibilidad del valor asegurado; compensación y pago.

La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA contestó la demanda (fs. 196 a 233 archivo 2). Se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que no le constan los hechos y propuso como excepciones de fondo las de ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado como verdadero empleador; necesidad de acreditar para cuál de los contratos celebrados entre DRUMMOND LTD. y HL INGENIEROS S.A. trabajó el demandante; ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia de las pólizas, ausencia de cobertura de prestaciones de tipo extralegal, ausencia de cobertura de la indemnización moratoria, máximo valor asegurado, límite de responsabilidad de la aseguradora y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, y profirió decisión mediante Sentencia del 29 de julio de 2022, en la que resolvió lo siguiente.

PRIMERO. – DECLARAR La existencia de un contrato trabajo entre el ciudadano Carlos Eduardo Gil Roa y la demandada persona jurídica de derecho privado Drummond Ltd, vigente entre el 4 de enero de 2006 al 21 de marzo de 2017, en virtud del cual desempeño en cargo de capataz, devengando como último salario la suma de dos millones doscientos ochenta y un mil pesos, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. – ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del ciudadano Carlos Eduardo Gil Roa de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. – ABSOLVER a la compañía aseguradora de finanzas S.A. Confianza, y a Berkeley International Compañía de seguros S.A., en condición de llamadas en garantía.

CUARTO. – DECLARAR probadas las excepciones denominadas no se pretende la declaratoria de responsabilidad de carácter solidario, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, propuestas por HL Ingenieros S.A., y las de

inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, planteadas por Drummond Ltda (sic).

QUINTO. – CONDENAR en costas a la parte demandante, liquídense por secretaria, se fijan como agencias en derecho una suma igual a quinientos mil pesos m/cte (\$500.000).

SEXTO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor del demandante, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Como fundamentos de su decisión, señaló que conforme a las pruebas documentales y testimoniales allegadas al proceso existieron diversos contratos de trabajo entre el demandante y DRUMMOND LTD en atención a los artículos 22 y 24 del C.S.T., y conforme al principio de la primacía de la realidad, toda vez que consideró demostrada la prestación del servicio por parte del actor a DRUMMOND LTD, y que la vinculación con HL INGENIEROS S.A. se enmarcaba dentro de una intermediación laboral, pues verificada la documental allegada, es válido afirmar que el objeto social de HL INGENIEROS S.A. tiene una relación directa con el objeto social de DRUMMOND LTD y conforme a las órdenes de compra expedidas por DRUMMOND LTD, no existía certeza de los términos pactados en las contrataciones suscritas entre las demandadas para acreditar que HL INGENIEROS S.A. era una contratista independiente. En consecuencia, declaró la existencia de la relación laboral entre el actor y DRUMMOND LTD., mediante un contrato de trabajo a término indefinido.

En cuanto a las acreencias laborales reclamadas, indicó que conforme a folios 39 a 49 allegados por el demandante no se acreditó que el actor recibiera el pago de estos factores salariales en forma continua durante el tiempo laborado y, además, tuvo en cuenta que las partes pactaron que no serían factor salarial de conformidad con lo establecido en la Ley y a la jurisprudencia Rad. No. 47048 de 2016 por lo que, al no acreditar la periodicidad en el pago, tampoco se podía suponer su continuidad pues estaban sujetas a circunstancias especiales, y dada su denominación y forma de pago, no tenían como finalidad ingresar al patrimonio del trabajador ya que no eran retribución directa del servicio, por lo que absolvió a la demandada DRUMMOND LTD del pago de la reliquidación de las prestaciones sociales y absolvió a las llamadas en garantía de las pretensiones de la demanda. Declaró probadas las excepciones propuestas por las demandas y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que se valoró erradamente la documental respecto al pago de los auxilios de manera continua que constituían factor salarial. Manifestó que existió una mala fe de parte de las demandadas, que no fue analizada por el juzgado, por lo que se debía condenar a la indemnización moratoria, pues se disfrazó la contratación con el demandante. No comparte la decisión de primera instancia en cuanto a la tacha de los testigos pues considera que se afectaba la imparcialidad de los testimonios por ser trabajadores de la empresa que podrían perder su empleo. Señaló que existió un contrato de trabajo y no se consignaron debidamente las cesantías y prestaciones laborales por lo que procedía tal condena a la moratoria.

La demandada HL INGENIEROS S.A. interpone el recurso de apelación respecto a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo con DRUMMOND LTD, contenida en el numeral primero, para que en su lugar se declare la existencia del contrato con HL INGENIEROS S.A., por cuanto era ésta la verdadera empleadora; quien suministró herramientas, dio las órdenes al trabajador y la capacitación; además de efectuar los pagos correspondientes en forma oportuna, lo que se acreditó conforme a la documental arrimada al proceso, al interrogatorio del demandante y a los testimonios recibidos en el curso del proceso. Reiteró que HL INGENIEROS S.A. no es un intermediario, ni es una empresa de servicios temporales, sino una empresa contratante altamente especializada y el actor no era un trabajador en misión, sino que prestaba sus servicios para su empleador HL INGENIEROS S.A.

Por su parte DRUMMOND LTD., manifestó como argumentos de su apelación, que existe una violación al debido proceso, pues lo que se debía estudiar era la solidaridad entre las demandadas y no la existencia del contrato de trabajo con DRUMMOND LTD. En cuanto a la existencia del contrato, señala que no se demostró la subordinación del trabajador por parte de DRUMMOND LTD. o que lo hubiese contratado, ya que los servicios los prestaba a HL INGENIEROS S.A. Además, el objeto social de la demandada no se enmarca en la actividad de construcción e ingeniería de HL INGENIEROS S.A. ya que DRUMMON LTD la contrataba para realizar actividades de construcción, lo que no corresponde al giro ordinario de los negocios de DRUMMOND LTD, como lo declaró el despacho, por lo que HL INGENIEROS S.A. era el verdadero empleador y no un mero intermediario.

Las llamadas en garantía 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*, 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 en primer lugar quien era el verdadero empleador del señor CARLOS EDUARDO GIL ROA y si es procedente la condena al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta para el efecto los factores salariales devengados y en tal caso, la condena al pago de la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Inicialmente y por economía procesal se analizará lo relacionado con la declaración de la existencia del contrato de trabajo, que es el objeto de apelación por las demandadas DRUMMOND LTD Y HL INGENIEROS S.A., respecto de lo cual se tendrán en cuenta las pruebas que se relacionan a continuación a fin de determinar cuál de las demandadas era la empleadora del demandante.

Pruebas documentales aportadas por el actor:

- Certificación de HL INGENIEROS S.A. de fecha 12 de enero de 2016 conforme a la cual el actor laboró desde el 20 de octubre de 2006 mediante diferentes contratos de trabajo a término fijo inferior a un año para

desempeñar el cargo de capataz eléctrico con un salario de \$2.281.000 y \$1.865.000 por auxilio de localización, de transporte y alimentación y que el último contrato había sido suscrito el 4 de enero de 2015. (f. 67 archivo 1)

- Certificación de fecha 30 de marzo de 2017 que acredita que el actor laboró para HL INGENIEROS S.A. entre el 4 de enero de 2006 y el 21 de marzo de 2017 bajo diferentes contratos de trabajo a término fijo inferior a un año como capataz eléctrico (f. 68)
- Contrato de trabajo a término fijo (2 meses) suscrito el 1º de mayo de 2017 (f. 69 archivo 1)
- Nóminas diciembre de 2015 a abril de 2016 que incluyen el pago quincenal de auxilios de alimentación, de vivienda y transporte (fs.72 a 82)

La demandada HL INGENIEROS S.A. aportó la documental que obra a folios 153 a 697, que por lo extensa no se relaciona; pero se resalta que con cada uno de los 27 contratos a término fijo que se suscribieron entre HL INGENIEROS S.A. y el demandante se anexaron además de los correspondientes contratos, los siguientes documentos.

- Prórrogas a los contratos
- Certificación laboral expedida por HL INGENIEROS S.A. por cada periodo laborado, cargo desempeñado y salario.
- Comunicaciones de HL INGENIEROS S.A. informando al trabajador el valor de los auxilios de almuerzo, transporte al sitio de trabajo, auxilio de vivienda mensual, más auxilio de transporte cada dos o tres meses, para cada uno de los contratos y que estos no constituían factor salarial.
- Capacitaciones realizadas por HL INGENIEROS S.A. suscritas por el demandante.
- Entrega de dotación por HL INGENIEROS S.A. en cada contrato
- Certificación de afiliación por HL INGENIEROS S.A. a salud, pensiones, riesgos profesionales y Caja de Compensación.
- Liquidación final de prestaciones sociales por cada uno de los periodos laborados, aceptación del pago por el actor y declaración de paz y salvo.
- Paz y salvo de herramientas para la liquidación y,
- Órdenes para exámenes de retiro de cada contrato.

Del anterior documental, se puede concluir que entre el actor y HL INGENIEROS S.A., se suscribieron 27 contratos a término fijo inferiores a un año, por lo que, contabilizado cada contrato y sus respectivas prórrogas, se dieron vinculaciones laborales por los siguientes periodos:

- **Del 4 de enero al 3 de junio de 2006**, cuya liquidación con el comprobante de pago y paz y salvo obran a fs.165-168.
- **Del 27 de junio al 26 de octubre de 2006**, con liquidación final (f.187) y comprobantes de pago y paz y salvo (fs. 188-189)
- **Del 1 de noviembre de 2006 al 28 de febrero de 2007**, cuya liquidación y comprobantes de pago y paz y salvo obran a folios 207 a 210
- **Del 7 de marzo al 20 de junio de 2007**, con liquidación vista a folios 226 y comprobantes de pago y paz y salvos a folios 227 a 230
- **Del 29 de junio al 28 de septiembre de 2007**, cuya liquidación, comprobantes de pago y paz y salvos suscritos por el demandante obran a folios 243 a 246.
- **Del 9 de octubre al 23 de diciembre de 2007**, con liquidación, comprobante de pago y paz y salvo se encuentran a folios 259 a 262
- **Del 4 de enero al 23 de agosto de 2008, terminado por mutuo acuerdo (f. 280)** con liquidación y pago vistos a folios 283 a 285
- **Del 1º de septiembre al 20 de diciembre de 2008** con liquidación vista a folio 294 y paz y salvo a folio 295
- **Del 06 de enero al 15 de agosto de 2009** con liquidación a folio 308, pago y paz y salvo a folios 309-310
- **Del 25 de agosto de 2009 al 15 de diciembre de 2009 que terminó por renuncia del trabajador (f. 313)** con pago visto a folios 314-317
- **Del 5 de enero de 2010 al 23 de marzo de 2010 con renuncia del trabajador (f. 324)** con liquidación y paz y salvo a folios 328-329 (interrupción superior a un mes con el siguiente contrato.)
- **Del 21 de octubre al 22 de diciembre de 2010** con liquidación final vista a folio 346 y paz y salvo a folio 348
- **Del 4 de enero al 30 de abril de 2011** cuya liquidación se observa a folio 358 y paz y salvo a folio 359
- **Del 5 de mayo al 4 de septiembre de 2011** con liquidación y paz y salvo vistos a folios 371-372
- **Del 12 de septiembre al 23 de diciembre de 2011** con liquidación y paz y salvo a folios 394 a 395
- **Del 10 de enero al 28 de abril de 2012** con liquidación y pago a folios 421-422
- **Del 4 de mayo al 3 de septiembre de 2012** con liquidación y paz y salvo a folios 440-441
- **Del 13 de septiembre de 2012 al 12 de enero de 2013** con liquidación y paz y salvo a folios 456 a 457

- **Del 21 de enero al 23 de agosto de 2013 que terminó por renuncia del trabajador (f. 472), con liquidación y paz y salvo f. 473**
- **Del 18 de septiembre de 2013 al 17 de febrero de 2014 con liquidación y paz y salvo vistos a folios 509 a 511**
- **Del 19 de febrero al 18 de junio de 2014 con liquidación y paz y salvo vistos a folios 536 a 538**
- **Del 20 de junio al 19 de octubre de 2014 con liquidación y paz y salvo vistos a folios 560-561**
- **Del 21 de octubre de 2014 al 20 de abril de 2015 con liquidación y paz y salvo vistos a folios 586-587.**
- **Del 23 de abril al 22 de noviembre de 2015 con liquidación y paz y salvo a folios 617 a 618**
- **Del 24 de noviembre al 23 de diciembre de 2015 con liquidación y paz y salvo obrantes a folios 644 a 645**
- **Del 4 de enero al 22 de diciembre de 2016 con liquidación y paz y salvo a folios 662 a 665**
- **Del 5 de enero al 21 de marzo de 2017 con liquidación y paz y salvo vistos a folios 693 a 696.**

En audiencia del 9 de junio de 2022 la parte demandada Drummond Ltd. desistió de los testimonios de los señores Luis Felipe Insignares Gómez, Juan Ignacio Saavedra Duque y Antonio José Llamas Junco y del interrogatorio de parte al actor; la parte demandante desistió del interrogatorio de parte a los representantes legales de las demandadas (archivos 10 y 11).

El demandante CARLOS EDUARDO GIL ROA, manifestó en el interrogatorio de parte que adelantó HL INGENIEROS S.A., que suscribió diferentes contratos a término fijo con la demandada HL INGENIEROS S.A.; no recuerda la cantidad de contratos, pero duraban 3 meses y a veces hasta 9 meses, pero que prestaba sus servicios para DRUMMOND LTD; que las órdenes se las impartía un ingeniero de DRUMMOND, las capacitaciones las impartía HL INGENIEROS S.A., y los elementos de trabajo y dotaciones los entregaba HL INGENIEROS, así como los pagos y aportes a seguridad social, pero que para los llamados de atención era el ingeniero de DRUMMOND LTD. Su trabajo era inicialmente el de técnico electricista, luego técnico de mantenimiento y después en el 2012, como capataz de mantenimiento electromecánico de los equipos de construcción. Desarrolló sus funciones inicialmente en la mina La Loma Cesar y en el 2012 en El Puerto que son instalaciones de Drummond Ltd.

El testigo HUMBERTO CORREA ZÚÑIGA (tacha de testigo por ser trabajador de Drummond Ltd.), indicó en su declaración ser trabajador de Drummond Ltd. desde hace 10 años, conoció al demandante el día de la audiencia, es “Director de Contratos” y antes era “abogado del área de contratos”. Dice que entre las empresas demandadas existía un contrato comercial y lo sabe porque él revisaba las órdenes de compra como director de contratos de HL INGENIEROS y ha participado en las licitaciones ya que son alrededor de 1500 contratistas. Los proyectos se realizaban en La Mina Cesar o en El Puerto en Ciénaga Sincelejo; que DRUMMON LTD. cuenta con un departamento de construcción que consta de 5 personas, porque deben desarrollar diferentes construcciones, como dormitorios donde duerme el personal, construcción del hangar y de mulles de carga y para eso contratan a otras compañías mediante licitaciones; que contratan a quienes salieron aprobados, entre ellos HL INGENIEROS S.A., con quien se han suscrito contratos y al que llaman cuando se trata de servicios importantes de 1 a 7 millones de dólares, y actualmente para la construcción del muelle de carga directo. Se hacen contratos con empresas y ellas suscriben pólizas para asegurar el cumplimiento de la labor, pero DRUMMON LTD. no exige a las empresas contratar a determinadas personas ya que hay una cláusula de los contratos que lo prohíbe. Respecto a las órdenes de compra señaló que cada una tiene un límite de tiempo para terminarla, que puede ser variable y se pueden emitir órdenes de compra adicionales. Sabe que el actor ingresaba a las dependencias de DRUMMON LTD en los últimos dos años como parte de la empresa HL INGENIEROS S.A. (allega reporte de control de acceso) (min. 50 a 59:23).

El testigo MIGUEL HERNANDO QUIJANO PEÑA (tacha de testigo por haber sido trabajador de la empresa HL INGENIEROS S.A.) manifestó haber laborado para HL INGENIEROS S.A. como Analista administrativo entre 2009 y 2011 y como Coordinador de Administración de Personal entre el 2017 y el 2019, pero no labora para la demandada desde junio de 2019. Era el encargado de contratar el personal de obra no calificada, para la construcción y mantenimiento de obras de infraestructura que realizaba la empresa. Dice que se vincula al personal mediante contratos de obra o labor y por contratos a término fijo inferior a un año, como en el caso del demandante, de conformidad con la necesidad de la prestación del servicio. Las capacitaciones eran dictadas por HL INGENIEROS S.A., se entregaban los elementos de protección personal, y pagaban las afiliaciones a seguridad social, los salarios y prestaciones sociales de cada contrato y era quien le comunicaba al actor la terminación de los contratos y las prórrogas. En caso de

incumplimiento de parte del trabajador, el ingeniero residente o supervisor en campo era quien asumía inicialmente el proceso. Las órdenes las impartía el “supervisor de campo en cabeza del ingeniero residente” quien era vinculado directamente por HL INGENIEROS S.A. y es “como el gerente del proyecto”. El señor Gil Roa no tenía que entregar ningún informe o reporte a DRUMMOND LTD sino al ingeniero residente o supervisor de campo de HL INGENIEROS S.A. El apoderado de la parte actora se limitó a preguntar la fecha de inicio como Coordinador de personal del declarante a la compañía - febrero de 2017. (Minuto 1.02:54 a 1:17).

El declarante JULIÁN FRANCISCO SARMIENTO ÁVILA manifestó en su declaración que ocupó tres cargos para HL INGENIEROS S.A.; que la compañía ejecutaba diferentes contratos de construcción e ingeniería, obras civiles y mantenimiento de equipos, los que para DRUMMOND LTD, eran mediante ordenes de servicios. No conoce como se contrataba a los trabajadores pues sus funciones eran las de ingeniero de oficina técnica y manejo de producción, conoció al demandante y sabe que fue capataz eléctrico, las órdenes e instrucciones las daba el supervisor, gerente y administrador de obra de HL INGENIEROS S.A., no conoce que el actor hubiera sido disciplinado, pero en tal caso le correspondía al área administrativa de HL INGENIEROS S.A., la dotación era entregada por la misma y los elementos de protección. El equipo del que hacía parte el actor era liderado por el gerente y en su defecto, por el administrador del proyecto de HL INGENIEROS S.A. conforme al organigrama de la compañía, y los turnos de trabajo eran asignados por ella misma. El apoderado del actor se limitó a preguntar el periodo en que laboró el declarante en los mismos proyectos que el demandante, para lo que indicó que entre 2009-2014.

Lo primero que se observa, es que no existió una sola relación laboral entre el 4 de enero de 2006 y el 21 de marzo de 2017, pues se trató de contratos a término fijo que terminaron por vencimiento del plazo fijo pactado e incluso por mutuo acuerdo o por renuncia del trabajador, como en los contratos del 4 de enero al 23 de agosto de 2008 terminado por mutuo acuerdo (f. 280); y los contratos del 25 de agosto al 15 de diciembre de 2009 que terminó por renuncia del trabajador (f. 313); el del 5 de enero al 23 de marzo de 2010 con renuncia del trabajador (l. 324) y el del 21 de enero al 23 de agosto de 2013 que terminó por renuncia del trabajador (f. 472) por lo que mal podría decirse que se trató de una sola relación laboral, como se decidió en el numeral primero de la sentencia de primera instancia.

Ahora, para resolver quién era el verdadero empleador se tendrá en cuenta que el Artículo 34 del C.S.T. señala que son contratistas independientes y, por tanto,

verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

Esta norma contempla dos relaciones jurídicas, una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre el contratista independiente y el trabajador. También establece la responsabilidad solidaria por parte del beneficiario de la obra cuando las labores realizadas por el contratista no sean extrañas al objeto de su empresa o negocio.

El primer vínculo que hace referencia a la relación jurídica entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra, puede ser mediante un contrato civil o mercantil por el cual el contratista se compromete, a cambio de un precio determinado, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica que lo contrata, caso en el cual el contratista asume los riesgos propios de la actividad o servicio a su cargo y debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad o autonomía técnica y directiva.

La segunda relación es la que nace entre el contratista y sus trabajadores, y que constituye la fuerza de trabajo que se requiere para cumplir con la obligación. El citado artículo también hace mención a la solidaridad por parte del contratante respecto a las obligaciones del contratista, responsabilidad que nace cuando el contratante es beneficiario de la labor contratada o dueño de la obra y, cuando los objetos o actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante son afines, por lo que cuando se trata de personas jurídicas, la sola similitud entre los objetos sociales no hace que el contratante sea el verdadero empleador, sino que la norma consagra una responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra respecto a las obligaciones surgidas a cargo del contratista y a favor de sus trabajadores, pues tratándose de un contratista independiente, éste no tiene como objeto suministrar personal a un tercero, como en éste caso, conforme al objeto social de HL INGENIEROS S.A., sino que se comprometió mediante órdenes de

servicios a cumplir con una obra, por su cuenta o riesgo y a cambio de un precio. (fs.706-710).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4479-2020, dijo:

“En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva».

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas”.

De las pruebas antes relacionadas (fs.153 a 637) se puede concluir que el actor fue contratado por HL. INGENIEROS S.A. para cada uno de los 27 periodos en que prestó sus servicios y que durante estas vinculaciones recibió órdenes e instrucciones del ingeniero residente, administrador del proyecto o el gerente del proyecto quien pertenecía a HL. INGENIEROS S.A. y que las labores las prestaba en los proyectos para los que la empresa había sido contratada por DRUMMOND LTD mediante órdenes de servicios previas licitaciones, pues el único que manifestó que las órdenes las recibía del ingeniero de DRUMMOND LTD fue el demandante, mientras que los tres testigos manifestaron que el ingeniero residente era

contratando por HL INGENIEROS S.A., y si bien se presentó tacha de los testimonios por trabajar o haber laborado para HL INGENIEROS S.A., estos fueron claros, contestes y coherentes, incluso uno de los testigos, el señor MIGUEL QUIJANO PEÑA ya no laboraba para la compañía y su testimonio coincide con lo indicado por los demás declarantes.

Así las cosas, conforme a los testimonios y la documental que obra a fs. 153 a 637, HL INGENIEROS S.A. actuaba con autonomía e independencia, pues era quien ejercía la subordinación del trabajador, le daba órdenes a través del ingeniero residente o del gerente del proyecto que era vinculado por ella para el cumplimiento de sus objetivos; tenía la facultad disciplinaria a través del área administrativa, es decir, que tenía la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, lo que se mantuvo durante todo el tiempo de duración de los contratos que suscribió con el actor a término fijo, tal y como fue indicado por los testigos.

Además, HL INGENIEROS S.A. lo afilió a seguridad social en salud, pensiones y caja de compensación familiar; le dio las capacitaciones correspondientes a cada vinculación, entregó los elementos de protección, pago salarios y prestaciones sociales a la terminación de cada uno de los contratos; y exigía al trabajador un paz y salvo de pendientes por herramientas previo a la liquidación de cada contrato, toda vez que debía restituir los instrumentos o herramientas facilitados por HL INGENIEROS S.A. para ejecutar la labor para la que había sido contratado.

Por último, y como se indicó anteriormente pactó con el trabajador de mutuo acuerdo la terminación del contrato que existió entre 4 de enero y el 23 de agosto de 2008 y fue a HL INGENIEROS S.A. a quien el actor presentó las renunciaciones de los contratos del 25 de agosto al 15 de diciembre de 2009; del 5 de enero al 23 de marzo de 2010 y el del 21 de enero al 23 de agosto de 2013, es decir, que el demandante lo reconocía como su verdadero empleador, por lo que no se trató de una simple intermediación, sino de una verdadera vinculación laboral.

Por otra parte, no puede considerarse que las dos demandadas tengan objetos sociales similares, pues mientras DRUMMOND LTDA tiene por objeto la exploración, explotación y comercialización de las minas de carbón y de hidrocarburos líquidos y gaseosos en general, el objeto social de HL INGENIEROS S.A. es la explotación de la ingeniería, asesoramiento, construcción, peritazgo,

interventoría y consultoría, por lo que DRUMMOND LTD podía contratar a HL INGENIEROS S.A. para la construcción de diferentes obras, como dormitorios, oficinas, hangares y muelles, en los lugares donde DRUMMOND LTD tenía la explotación de las minas y conforme a las órdenes de compra (fs. 706 a 710) contrataba trabajos estructurales mecánicos y eléctricos para la reparación de cables de alto voltaje y servicios de construcción de defensas de embarcadero y barandas de muelle y trabajos en área de cable blindado (fs. 706-709), es decir trabajos que no corresponden a la explotación de carbón o hidrocarburos que es el objeto social de DRUMMOND LTD.

Tampoco existe solidaridad entre HL INGENIEROS S.A. y DRUMMOND LTD., toda vez que no hay una conexión directa entre las actividades del contratante y del contratista, ya que no coinciden en cuanto al giro ordinario de sus negocios, ya que no basta que la actividad que desarrolle el contratista cubra una necesidad del contratante, pues es necesario que se trate de una actividad del giro ordinario de los negocios de la contratante vinculada con su objeto económico.

Ahora, frente al estudio de los 27 diferentes contratos de trabajo a término fijo suscritos entre el actor y HL INGENIEROS S.A. se debe precisar que la mayoría de los contratos tienen interrupciones inferiores a un mes, por lo que se tendrán como un solo contrato los periodos en que esto sucedió, salvo en los cuatro casos en que el contrato terminó por mutuo acuerdo o por renuncia del trabajador, conforme a la prueba documental ya relacionada, toda vez que el actor no manifestó en su demanda, ni allegó prueba alguna que permita suponer que la terminación de estos contratos se debió a causas atribuibles a su empleador, o que existiera error, fuerza o dolo al momento de suscribir dichos documentos, pues el demandante guardó silencio sobre las comunicaciones que se encuentran suscritas por él y solo con la prueba documental se estableció que estos contratos terminaron por mutuo acuerdo o por renuncia del actor.

Al respecto, la Sala tiene en cuenta que la CSJ en la SL3616-2020, ha dicho:

“Sobre el particular, esta Sala ha sido enfática en señalar frente al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, que cuando median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece (CSJ SL4816-2015 reiterada en la CSJ SL5595-2019).”

Igualmente, se tiene en cuenta la sentencia SL 1293 de 2021 que ha indicado lo siguiente:

“De ahí, que la conclusión del juez plural referente a que su renuncia fue libre y voluntaria, está debidamente respaldada con la prueba censurada acabada de relacionar, pues no acreditó que su decisión de terminar el vínculo, fuera por causas endilgables al empleador, ya que para ello, tal como lo expresó el Tribunal, al alegar despido indirecto, se requería que así lo hubiere manifestado, de acuerdo a las exigencias del artículo 66 del CST y le incumbía la carga probatoria en tal sentido, pues en casos como este, la misma se invierte y le corresponde al trabajador asumir la demostración de las causas por las cuales se vio obligado a renunciar (CSJ SL1514-2018)”

(...)

En punto a este tema, la Sala tiene asentado que los vicios del consentimiento no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que «con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso» (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015).

Así las cosas, se declarará que entre el actor y HL INGENIEROS S.A. existieron relaciones laborales por los siguientes periodos:

- **Del 4 de enero de 2006 al 23 de agosto de 2008, fecha en que la vinculación terminó por mutuo acuerdo (f. 280)**
- **Del 1º de septiembre de 2008 al 15 de diciembre de 2009 terminada por renuncia del trabajador (f. 313)**
- **Del 5 de enero de 2010 al 23 de marzo de 2010 con renuncia del trabajador (f. 324), además de existir aquí una interrupción de 6 meses y 28 días con el siguiente contrato.**
- **Del 21 de octubre de 2010 al 23 de agosto de 2013 que terminó por renuncia del trabajador (f. 472).**
- **Del 18 de septiembre de 2013 al 21 de marzo de 2017 (fs. 481 a 693)**

En consecuencia, se deberá a proceder a la reliquidación de prestaciones sociales por el periodo **18 de septiembre de 2013 al 21 de marzo de 2017** (fs. 481 a 693), para lo que en primer lugar se analizará si constituyen factor salarial los auxilios que le otorgaba el empleador y para ello se tiene en cuenta que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

“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.”

En el caso bajo examen se observa que en los contratos se pactó un salario para cada uno de los periodos, pero en ellos nada se indicó respecto a pagos o beneficios adicionales, los cuales fueron acordados mediante comunicaciones posteriores a la suscripción de cada uno de los 27 contratos (fs. 153 a 697), en las que se le informaba al trabajador que “a partir de la fecha la compañía le ha asignado almuerzo, transporte a la obra y un auxilio para vivienda” por un valor que varió para cada uno y un “auxilio de transporte cada tres meses”, igualmente por un valor diferente para cada contrato. Allí le informaba al trabajador que el auxilio no constituía salario ni generaba prestaciones sociales y que esta condición era aceptada por el actor con la firma del documento; dichas comunicaciones efectivamente, se encuentran suscritas por el demandante.

Respecto de la posibilidad de suscribir un acuerdo o pacto para excluir como factor salarial algunos pagos que se cancelan al trabajador, como en el caso en estudio, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-5159 de 2018, ha indicado lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no

podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

(...)

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018).

Atendiendo el anterior derrotero, se observa en el presente asunto, los auxilios otorgados al actor por parte de HL INGENIEROS S.A., esto es, “almuerzo, transporte a la obra y vivienda”, se otorgaban al trabajador para el cumplimiento de las labores para las que fue contratado, pues debía ejecutarlas en las minas en la costa Atlántica (La Mina y El Puerto) donde su empleador HL INGENIEROS S.A. realizaba las construcciones para las que fue contratada mediante órdenes de servicios pactadas con DRUMMOND LTD., y el mismo demandante manifestó que prestaba sus servicios en las minas durante 30 días continuos con 5 días de descanso para viajar a Ibagué.

De lo expuesto se puede concluir que, en efecto, estos auxilios tenían una destinación específica, esto es, que eran suministrados al demandante para su almuerzo en la mina, el transporte a la mina y la vivienda en el lugar donde prestaba sus servicios, pues su lugar de residencia era Ibagué; por lo que estos auxilios no se otorgaban para retribuir sus servicios, no eran una contraprestación directa de ellos y en consecuencia no hacían parte de su salario, razón por la que no procede la reliquidación en la forma solicitada en la demanda.

Procede entonces, la reliquidación de las acreencias laborales por haberse declarado la unidad contractual para el periodo **18 de septiembre de 2013 al 21 de marzo de 2017** (fs. 481 a 693), a fin de determinar las diferencias entre la liquidación pagada a la terminación de cada uno de los contratos a término fijo suscritos entre las partes y la que corresponde conforme a la unidad de contrato declarado, para lo

cual se debe tener en cuenta que la demandada propuso la excepción de prescripción.

La relación laboral declara fue entre el 18 de septiembre de 2013 y el 21 de marzo de 2017 (fs.693-696) y la demanda fue presentada el 29 de noviembre de 2017 conforme al acta de reparto vista a folio 83 archivo 1, sin que el demandante acredite haber presentado reclamación a su empleador que permitiera interrumpir el término prescriptivo, por lo que se encuentran prescritas parcialmente las acreencias laborales causadas con anterioridad al 29 de noviembre de 2013, es decir, las causadas entre el 18 de septiembre y el 28 de noviembre de 2013.

Durante el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2013 y el 21 de marzo de 2017 se suscribieron entre las partes ocho (8) diferentes contratos a término fijo que fueron liquidados conforme a los folios 485 a 693, así:

Contrato No. 20.- Del 18 de septiembre de 2013 al 17 de febrero de 2014 (f. 485). Liquidación de prestaciones (f. 509). Salario \$2.038.000. De este periodo se encuentran prescritas las acreencias anteriores al 29 de noviembre de 2013, como se indicó anteriormente.

Contrato 21.- Del 19 de febrero al 18 de junio de 2014 (f. 520). Liquidación final (f. 535). Salario \$2.038.000

Contrato 22.- Del 20 de junio al 19 de octubre de 2014 (f. 541). Liquidación final (f. 560). Salario de \$2.038.000.

Contrato 23.- Del 21 de octubre de 2014 al 20 de abril de 2015 (f. 566). Liquidación final (f. 586). Salario de \$2.132.000.

Contrato 24.- Del 23 de abril al 22 de noviembre de 2015 (f. 593). Liquidación final (f. 617). Salario de \$2.132.000

Contrato 25.- Del 24 de noviembre al 23 de diciembre de 2015 (f. 623). Liquidación final (f. 644). Salario de \$2.132.000.

Contrato 26.- Del 4 de enero al 22 de diciembre de 2016 (f. 650). Liquidación final (f. 662), sobre un salario de \$2.281.000.

Contrato 27.- Del 5 de enero al 21 de marzo de 2017 (f. 683). Liquidación final de prestaciones sociales (f. 693) con un salario de \$2.281.000.

La empleadora HL INGENIROS S.A., canceló los siguientes valores y concepto por el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2013 al 21 de marzo de 2017 y si bien hay paz y salvos suscritos por el actor, no obran los comprobantes para determinar el valor cancelado por concepto de vacaciones del contrato 25 y la prima de servicios del contrato 26, por lo que no se tendrán en cuenta como cancelados estos conceptos:

Contrato	Cesantías	Intereses a las cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
Contrato 20	\$ 447.228	\$ 6.641	\$ 447.228	\$ 223.614
Contrato 21	\$ 958.851	\$ 38.354	\$ 958.851	\$ 479.425
Contrato 22	\$ 954.870	\$ 38.195	\$ 876.322	\$ 477.435
Contrato 23	\$ 810.418	\$ 29.715	\$ 810.418	\$ 697.425
Contrato 24	\$1.547.828	\$108.348	\$1.062.483	\$ 751.238
Contrato 25	\$ 244.662	\$ 2.447	\$ 116.367	Sin comprobante
Contrato 26	\$2.739.081	\$318.646	Sin comprobante	\$1.383.797
Contrato 27	\$ 561.142	\$ 14.403	\$ 544.125	\$ 274.772
Total	\$8.264.080	\$556.749	\$4.815.794	\$4.287.706
TOTAL	PAGADO			\$17.924.329

Por el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2013 y el 21 de marzo de 2017, le correspondían al trabajador los siguientes valores y conceptos:

Periodo	Cesantías	Intereses a las cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
29-11 al 31-12/13	\$ 447.228	\$ 11.777	\$ 447.228	\$ 223.614
01-01 al 31-12/14	\$2.085.000	\$250.200	\$2.085.000	\$1.042.500
01-01 al 31-12/15	\$2.132.000	\$255.840	\$2.132.000	\$1.066.000
01-01 al 31-12/16	\$2.281.000	\$273.720	\$2.281.000	\$1.140.500
01-01 al 21-03/17	\$ 513.225	\$ 13.857	\$ 513.225	\$ 57.738
Total	\$7.458.453	\$805.394	\$7.458.453	\$3.530.352
TOTAL	A PAGAR	\$19.252.652		
TOTAL	PAGADO	\$17.924.329		
DIFERENCIA	PENDIENTE	\$ 1.328.323		

Así las cosas, procede la condena a la demandada al pago de la diferencia pendiente de pago de \$1.328.323, correspondiente a la liquidación de prestaciones sociales por el periodo no prescrito.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

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).

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.

En concordancia con lo anterior, procede la condena al pago de la indemnización moratoria, respecto a lo cual se tiene en cuenta que la declarada empresa empleadora no actuó de buena fe al suscribir diferentes contratos por

periodos inferiores a un año, cuando en la realidad la prestación del servicio se dio en forma continua con interrupciones inferiores a un mes, por lo que existió una simulación en la contratación del trabajador, razón por la cual se declaró la unidad contractual, cuyo actuar no puede interpretarse desde el plano de la buena fe, además que no se encontró los comprobantes para determinar el valor cancelado por concepto de vacaciones del contrato 25 que corresponde al periodo del 24 de noviembre al 23 de diciembre de 2015 (f. 623). Liquidación final (f. 644); y tampoco se acreditó el pago de la prima de servicios del contrato 26 del periodo del 4 de enero al 22 de diciembre de 2016 (f. 650). Liquidación final (f. 662), mismas que aún se encuentran pendientes de cancelación y que están a su cargo por tener la calidad de verdadero empleador como ya se analizó antes, y por ello se condena a la demandada al pago de \$76.033,33 diarios a partir del 21 de marzo de 2017 durante 24 meses y a partir del mes 25 el pago de intereses de mora sobre el capital adeudado a la tasa máxima de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta la fecha en que se efectúe el pago.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, se revocarán los ordinales primero, segundo y tercero y quinto y modificar el ordinal cuarto de la sentencia recurrida para en su lugar declarar para en su lugar DECLARAR que entre HL. INGENIEROS S.A. y el señor CARLOS EDUARDO GIL ROA existieron las siguientes vinculaciones laborales:

- Del 4 de enero de 2006 al 23 de agosto de 2008, terminado por mutuo acuerdo (f. 280)
- Del 1º de septiembre de 2008 15 de diciembre de 2009 terminada por renuncia del trabajador (f. 313)
- Del 5 de enero de 2010 al 23 de marzo de 2010 finalizada con renuncia del trabajador (f. 324), además de existir aquí una interrupción de 6 meses y 28 días.
- Del 21 de octubre de 2010 al 23 de agosto de 2013 que terminó por renuncia del trabajador (f. 472).
- Del 18 de septiembre de 2013 al 21 de marzo de 2017 (fs. 693 a 696); declarar prescritas las prestaciones correspondientes a los periodos anteriores al 29 de noviembre de 2017; condenar a la demandada HL INGENIEROS S.A. al pago de la suma de \$1.328.323 por concepto de diferencias en las prestaciones sociales y al pago de la indemnización moratoria y se confirmará en lo relacionado con las llamadas en garantía de las pretensiones de la demanda. Costas en esta instancia a cargo de la demandada HL. INGENIEROS S.A. por

cuanto no prosperó el recurso interpuesto. Se fija como agencias en derecho 2 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 el ordinal PRIMERO de la sentencia del nueve (9) de julio de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar DECLARAR para en su lugar DECLARAR que entre HL. INGENIEROS S.A. y el señor CARLOS EDUARDO GIL ROA existieron las siguientes vinculaciones laborales:

- Del 4 de enero de 2006 al 23 de agosto de 2008, terminado por mutuo acuerdo (f. 280).
- Del 1º de septiembre de 2008 15 de diciembre de 2009 terminada por renuncia del trabajador (f. 313).
- Del 5 de enero de 2010 al 23 de marzo de 2010 finalizada con renuncia del trabajador (f. 324), además de existir aquí una interrupción de 6 meses y 28 días.
- Del 21 de octubre de 2010 al 23 de agosto de 2013 que terminó por renuncia del trabajador (f. 472).
- Del 18 de septiembre de 2013 al 21 de marzo de 2017 (fs. 693 a 696).

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo para en su lugar CONDENAR a la demandada HL INGENIEROS S.A. al pago de la suma de \$1.328.323 por concepto de diferencias de las prestaciones sociales del actor y al pago de la suma de \$76.033,33 diarios a partir del 21 de marzo de 2017 durante 24 meses y a partir del mes 25 el pago de intereses de mora sobre el capital adeudado a la tasa máxima de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta la fecha en que se efectúe el pago..

.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal tercero en cuanto a ABSOLVER de las pretensiones de la demanda a DRUMMOND LTD y confirmarlo respecto a absolver a las llamadas en garantía compañías Aseguradora de finanzas S.A. Confianza, y a Berkeley International Compañía de seguros S.A. de las pretensiones de la

demanda

CUARTO: MODIFICAR el ordinal cuarto en cuanto a declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada HL INGENIEROS S.A. para las acreencias laborales causadas con anterioridad al 29 de noviembre de 2013 y confirmarlo respecto a las excepciones propuestas por las demás demandadas.

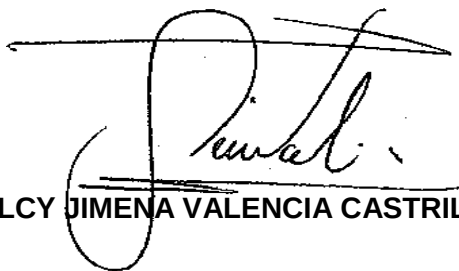
QUINTO: REVOCAR el ordinal quinto para en su lugar condenar en costas a la demandada HL INGENIEROS S.A.

SEXTO: CONFIRMAR el ordinal sexto.

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente HL INGENIEROS S.A. Se fija como agencias en derecho 2 SMMLV.

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:	11001-31-05-012-2021-00438-01
DEMANDANTE:	MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 26 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 26 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA** 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. **11001-31-05-012-2021-00438-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de su vinculación con la AFP PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA y los demás traslados realizados entre administradoras, particularmente ante la AFP PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se condene a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes efectuados por ella, junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a COLPENSIONES; condenar a COLPENSIONES a activar su afiliación en el RPM, así como a aceptar y recibir el traslado de sus aportes; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, expone que nació el 20 de marzo de 1964, por lo que cuenta con 57 años. Que se afilió al RPM en donde cotizó un aproximado de 330 semanas. Que en el año 1999 se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, sociedad que no cumplió con su deber de asesoría, toda vez que solo le informó que en el RAIS contaba con varias ventajas y que su mesada pensional tendría el monto que ella deseara, pero no le indicó la manera en cómo estaba diseñado tal régimen en comparación con el RPM, ni le mencionó las incidencias negativas del mismo. Que en el año 2001 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., sin que se le explicaran las incidencias del RAIS, y tampoco se le alentó para retornar al RPM, antes de que entrara en vigor el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la acción, fundamentando su postura en que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria, demostrándose de esa manera que la AFP Protección la asesoró en su decisión de trasladarse del RPM al RAIS, lo cual implica que dicho acto es completamente válido.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los

¹ Páginas 3 a 16 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 2 a 14 Archivo 09 Expediente Digital

requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A.³

La AFP del RAIS se opuso a las pretensiones invocadas en su contra, aduciendo que la actora se vinculó a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 7 de febrero del año 2001, 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° 2000-1220863, 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 términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

Propuso como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

PROTECCIÓN S.A.⁴

La AFP del RAIS se opuso a las pretensiones invocadas en su contra, aduciendo que el consentimiento de la demandante estuvo mediado de amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, lo cual quedó plasmado en el formulario de vinculación, lo que evidencia la buena fe y lealtad de los asesores de la AFP por procurar el bienestar de la afiliada en el mejor escenario posible.

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

³ Páginas 2 -33 Archivo 08 Expediente Digital

⁴ Páginas 1 - 31 Archivo 11 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 26 de enero de 2023, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones de la demandante y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que en el caso de la demandante no hubo un traslado de régimen, en razón a que esta venía afiliada al ISS del 8 de enero de 1982 al 7 de junio de 1988, sin que presente cotizaciones a ninguna entidad de seguridad social del 8 de junio de 1988 a mayo de 1999, cuando se afilió al RAIS, de manera que al 1º de abril de 1994 y hasta la última data se encontraba inactiva al Sistema, sin efectuar ninguna selección de régimen, por lo que esa selección inicial de régimen pensional y su afiliación inicial al SGSSP ocurrió cuando se vinculó hacia el año 1999 con la AFP Colmena hoy Protección S.A., de ahí que no hay lugar a analizar los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen, dado que este nunca existió, conclusión que apoyó en la sentencia SL214-2020 de la CSJ.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada argumentando que, la jurisprudencia que desarrolla el tema de nulidad de traslado es clara en establecer los requisitos de información hacia el afiliado para el cambio de régimen, los cuales no están condicionados a la temporalidad o la entrada en vigencia del RAIS. Agregó que la demandante estuvo inicialmente afiliada al ISS hoy Colpensiones en el año 1988 y, por virtud de una insuficiencia en los deberes de las entidades de seguridad social, se vio sometida al cambio de régimen, sin el cumplimiento de las formalidades previstas conforme a la actual jurisprudencia, por manera que el análisis del despacho no guarda consonancia con los aspectos que se han tenido en cuenta por la H. CSJ para acceder válidamente al cambio de régimen de la aquí demandante.

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 en el caso de la señora MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA se presentó un traslado de régimen pensional; en caso afirmativo, establecer si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada 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.

En el presente asunto, la operadora judicial de primer grado consideró que debido a que la demandante estaba afiliada al extinto ISS desde enero de 1982 y que solicitó su afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., en mayo de 1999, ello correspondía a la selección inicial de régimen y no un traslado propiamente dicho, por lo que no era procedente analizar los presupuestos para declarar la ineficacia de un traslado que no se había presentado.

En efecto, se observa en el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones, que la promotora de la acción estuvo afiliada al extinto ISS desde el 8 de febrero de 1982 al 7 de julio de 1988 (página 53 Archivo 001 ED). Asimismo, se observa que el 18 de mayo de 1999 suscribió solicitud de vinculación con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (página 41 Archivo 11 ED) y, que el 7 de febrero de 2001, la activa se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (Página 101 archivo 08 ED).

Sin embargo, contrario a lo considerado por la A quo, de esas circunstancias no es dable concluir que la afiliación al RAIS de la promotora de la acción no devino de un traslado de régimen pensional, sino de una selección inicial de régimen, pues para si bien el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “deberán” seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del RPMPD o el RAIS, téngase en cuenta que dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, lo cual tuvo por finalidad prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno u otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, ya que el mismo Decreto establece en el artículo 4° que seguirán vinculados al RPM, entre otros, *“los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están**”*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el *sub examine*, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida, a través del ISS desde el 8 de febrero de 1982, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, a saber:

“La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas” (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1º de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado”. (Subraya fuera de texto).

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1º de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda esa calidad, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el *sub examine*, venía afiliada al ISS desde el 8 de febrero de 1982, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 18 de mayo de 1999 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

“Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.
(...)

En ese sentido, por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

En ese sentido, considera la Sala que le asiste razón a la recurrente en cuanto que, contrario a lo considerado por la A quo, en este asunto si se presentó un traslado de régimen pensional y, por tanto, existen todos los elementos que habilitan al operador judicial para que analice si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

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 raditaciones 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 **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN 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 adocinado 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.** (página 41 Archivo 11 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y posteriormente con **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (Página 101 archivo 08 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 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.

Ahora, si bien es cierto los formularios 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 **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 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 las demandadas, pues la actora fue clara en indicar que en el año 1999 comenzó a trabajar para una empresa, la cual le entregó unos documentos para que los firmara, a efectos de afiliarse nuevamente a EPS y a pensión, siendo esta la única información que recibió (Min. 23:17-51:13 archivo de audio y video 18 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, no puede llegar a conclusión diferente la Sala, relativa a que debe declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la señora MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA al RAIS a través de la AFP COLEMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, consecuentemente la afiliación posterior que hiciera con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., razón por la que habrá que ordenársele a esta última que remita con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la 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, debiendo igualmente PROTECCIÓN S.A. trasladar estos últimos conceptos en proporción al tiempo en que estuvo afiliada la promotora de la acción.

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, **PORVENIR S.A.** deberá trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, y ambas AFP del RAIS deberán trasladar 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 las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el 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 revocará la sentencia apelada.

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 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, contruidos 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 **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas. 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 26 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por la señora **MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA** a través de la AFP **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** y la afiliación posterior que hiciera a la AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todo el saldo de la cuenta de ahorro individual de la señora **MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA**, 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: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión que hubiese cobrado durante la permanecía de la demandante en dicha AFP. 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.

CUARTO: DECLARAR que para todos los efectos la señora **MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ QUIROGA** siempre permaneció en el RPM y, en consecuencia, **COLPENSIONES** debe activar la afiliación sin solución de

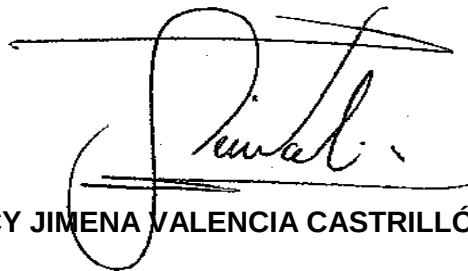
continuidad, recibir los recursos que deben transferir **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** y actualizar la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de ambas instancias a cargo de **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas. 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:	11001-31-05-014-2020-00171-01
DEMANDANTE:	NÉLIDA DUQUE ARIAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 30 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral Transitorio (Juzgado 14) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta (30) de marzo 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 **NÉLIDA DUQUE ARIAS** contra la sentencia del 30 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá (Juzgado 14 Laboral del Circuito), dentro del proceso ordinario promovido por **NÉLIDA DUQUE ARIAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **AFP COLFONDOS S.A.** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-014-2020-00171-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuados el 30 de mayo de 1998 y el 3 de julio de 2001. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las AFP demandadas a realizar el traslado de su afiliación a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la devolución de todas las sumas que se encuentran su cuenta de ahorro individual y se ordene a COLPENSIONES a mantener los beneficios del régimen de transición a la demandante. Finalmente, manifiesta que cuenta con 1127.20 semanas y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 4 de octubre de 2012 con el retroactivo correspondiente, la indexación, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de octubre de 1957 y cotizó para diferentes empresas del sector público y privado desde 1982 hasta el año 2011, cotizando en total 1127. 20 semanas, inicialmente con el ISS, CAPRECUNDI y posteriormente con las AFP demandadas a las que se trasladó son conocer las ventajas y desventajas que ello representaba, las que conoció recientemente.

Que mediante tutela el Tribunal Superior de Cundinamarca Sala Penal ordenó el 24 de marzo de 2011 al ISS, que en caso de verificar que la actora cumplía con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, procediera a autorizar el traslado de COLFONDOS S.A. al ISS y a remitir la totalidad de ahorro efectuado por la demandante, por lo que el 1º de abril de 2013 se efectuó el traslado de régimen y luego de múltiples actuaciones la demandante logró obtener el traslado de la totalidad de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual.

Mediante Resolución GNR245802 del 3 de octubre de 2013 se negó la prestación, por contar con 817 semanas de cotización, por lo que se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los que fueron resueltos negativamente mediante Resoluciones GNR69137 del 27 de febrero de 2014 y VPB10887 del 10 de febrero de 2015.

¹ Fs. 1-19 Archivo 04 y archivo 8 subsanación
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Posteriormente, volvió a solicitar el reconocimiento pensional, lo que fue resuelto mediante Resolución GNR383952 del 27 de noviembre de 2015, argumentando que solo cuenta con 965 semanas, por lo que nuevamente interpuso los recursos de reposición y apelación que fueron resueltos confirmando la resolución inicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, tuvo como ciertos los hechos relacionados con la documental aportada al proceso. Negó o manifestó que no le constan los demás hechos y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte la demandada **AFP COLFONDOS S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que son ciertos los hechos relacionados con el traslado y negó o manifestó que no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La AFP PROTECCIÓN S.A. al dar respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

² Archivos 14, 23 y 25
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá conoció del proceso por remisión del Juzgado Catorce Laboral del Circuito, y mediante Sentencia del 30 de septiembre de 2022, resolvió ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por NÉLIDA DUQUE ARIAS; declaró probada la excepción de Inexistencia del derecho reclamado planteada por Colpensiones y se relevó del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva. Condenó en costas a la parte actora y dispuso el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que se agotó la reclamación administrativa como se observa a folios 73 a 77 y tuvo en cuenta que la actora está afiliada al RPM administrado por Colpensiones, desde el 1º de abril de 2013.

Respecto a la afiliación al RAIS en el año 1998 y el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, manifestó que con la documental aportada se estableció que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 11 de mayo de 1982 y luego al RAIS desde 30 de mayo de 1998 con PROTECCIÓN hasta el 3 de julio de 2001 y luego a COLFONDOS a partir del 16 de abril de 2004 hasta febrero de 2013 (fl.40) momento para el cual regresó al RPM conforme al fallo de tutela (fl.39) y en el interrogatorio de parte la demandante afirmó que la firma vista a folio 42 no es la de ella y que no se le dio información sino que ella se había afiliado para cesantías y no para pensión, respecto de lo cual las AFP demandadas no hicieron manifestación alguna y solo se aportó el formulario como única prueba; sin embargo, como la demandante ya no se encuentra vinculada al RAIS desde el 1º de febrero de 2013 en cumplimiento de la tutela de fecha 24 de marzo de 2011 (fl.39), consideró que no procedía ordenar el retorno al RPM solicitado.

En cuanto al régimen de transición conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 1 de 2005 que limitó su aplicación, manifestó que la demandante (fl.1 y 2 archivo 03) nació el 4 de diciembre de 1957 y por lo tanto al 1º

de abril de 1994 contaba con 36 años 3 meses de edad, por lo que en principio cumplía al requisito para ser beneficiaria del régimen de transición y conforme a las semanas cotizadas (expediente administrativo) la demandante al 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas, por lo que conservaba el régimen de transición. No obstante, como en el caso presente ella, se trasladó al RAIS en el año 1998 se debía cumplir con lo ordenado en la sentencia SL1519 y SL1498 de 2022 en cuanto a que únicamente los afiliados con 15 años o más de servicios al 1º de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempos entre los regímenes sin que por ello se limitara la posibilidad de trasladarse sino la condición en que pueden hacerlo sin perder los beneficios del régimen de transición. Consideró que COLPENSIONES estudio esta situación en las Resoluciones que expidió al resolver sobre el reconocimiento pensional ya que la demandante no contaba con 15 años de servicios para el 1º de abril de 1994 y en consecuencia no recuperaba el régimen de transición pues solo contaba con 279 semanas cotizadas a esa fecha, conforme al expediente administrativo. Declaró que tampoco procede el reconocimiento pensional conforme a la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, dado que conforme a su historia laboral al 11 de mayo de 2021 cuenta con 1054 semanas.

Conforme a lo anterior, procedió a absolver a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda. Declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado 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 se solicitó la ineficacia o nulidad del traslado por la falta de información oportuna y comprensible como lo exige la ley por lo que las AFP demandadas debían acreditar que se había suministrado la información correspondiente. Reiteró que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, por lo que la ineficacia del traslado dejaba sin efecto el cambio de régimen y en consecuencia ella no perdía el beneficio del régimen de transición, por lo que solicita acceder a las pretensiones de la demanda y declarar que por la ineficacia del traslado la demandante recuperó el régimen de transición pues siempre estuvo afiliada 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 la demandante NÉLIDA DUQUE ARIAS al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva y en tal caso establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y en consecuencia si tiene derecho a la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que en el caso en estudio la demandante fue trasladada del RAIS administrado en su caso por COLFONDOS S.A. al RPM administrado por COLPENSIONES en cumplimiento de un fallo de tutela que en su parte resolutive ordenó dar una respuesta clara a la solicitud relativa a la autorización de traslado de AFP y del correspondiente ahorro efectuado por la accionante al RAIS en la que en el ordinal segundo dispuso que “en caso de verificar que la accionante cumpla con los requisitos exigidos para ser beneficiaria del régimen de transición debe necesariamente autorizar el traslado de régimen que solicita.” (f.66 archivo 03), por lo que se analizará si en el caso en estudio es procedente declarar la ineficacia deprecada.

Al respecto debe tenerse en cuenta que en el fallo de tutela no se ordenó efectuar el traslado de la demandante del RAIS al RPM, sino que se verificara si la accionante cumplía con los requisitos exigidos para ser beneficiaria del régimen de transición y en tal caso autorizara el traslado de régimen que solicitaba, por lo que

las demandadas procedieron a efectuar el traslado de régimen de la actora, sin que en ese momento de analizará si se había suministrado o no la información requerida previa al traslado.

Respecto a la declaratoria de ineficacia del traslado solicitada con posterioridad al regreso al RPM, se traen a colación, las sentencias proferida en un caso en que un pensionado solicita se declare la mencionada ineficacia (SL2929 de 2022 y SL3136 de 2022), y en las que se determinó que sí era procedente declarar la ineficacia del traslado, dado que esos eventos no se presentan las dificultades o complejidades para retrotraer la actuación al estado en que se encontraba antes del traslado al RAIS, y en las que se expresó lo siguiente:

“En ese sentido, esta corporación ha considerado que la declaración de ineficacia del traslado tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021). Esa finalidad no se desnaturaliza, por el hecho de que el actor hubiese retornado al RPM, como equivocadamente lo entendió el a quo.

La ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido antes de iniciar el juicio, tal como se aclaró en reciente pronunciamiento efectuado en decisión CSJ SL2929-2022:

La ineficacia en sentido estricto se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica al acto. Así, la sentencia que declara la ineficacia no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas -la ineficacia- surgido con anterioridad al inicio de la litis. Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió.

Además, tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos (CSJ SL4426-2019 reiterada en CSJ SL4025-2021).

Por tanto, lo que se persigue es determinar la legalidad de un acto jurídico, razón por la cual, no es posible considerar que tal propósito se torne superfluo por el solo hecho de que se acredite que el interesado retornó del RAIS al RPM, pues está de por medio, precisamente, la definición de su conformidad con el ordenamiento jurídico. De ahí que, en sentencia CSJ SL2877-2020 se haya resaltado que «lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho» y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

Siguiendo este derrotero, es posible declarar la ineficacia del traslado en el caso en estudio, como quiera que en el presente asunto es factible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado y en consecuencia se procede a su estudio.

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 radicales 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 adocinado 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 **COLFONDOS S.A.** (f. 13 archivo 1) el 3 de julio de 2001 ya que la firma en la afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** (fl.12 archivo 1) el 30 de mayo de 1998 fue negada por la demandante, **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 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, pues la actora fue clara al manifestar que presentó una acción de tutela (hechos 7 y 8) porque por COLFONDOS se dio cuenta de que estaba afiliada en Protección y ella no se había afiliado, por lo que solicitó su traslado al ISS ya que a ella no le dieron una información respecto al traslado; pertenece al régimen de transición y ella estaba segura que siempre había cotizado al ISS. Manifestó que eso ordenaron que se pasaran las semanas al ISS y después por incidente de desacato se cumplió el fallo. Respecto al folio 42 del archivo 25 (formulario de afiliación del año 1998) manifestó que la firma que obra en ese folio no es la de ella. Respecto al formulario de COLFONDOS, respecto al traslado en junio de 2001, dice que ella se trasladó para cesantías, más no para pensiones. (Min. 15:01: audio y acta de audiencia. Archivo 33).

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, y si bien no se requería impartir la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, toda vez que estos fueron remitidos en cumplimiento del fallo de tutela, si era necesario tener en cuenta los efectos que la declaratoria de la ineficacia acarrea.

Es de resaltar que la situación que tuvo en cuenta la juez de primera instancia se presenta cuando el afiliado se traslada en forma voluntaria de régimen; sin embargo, está demostrado dentro del proceso que tal situación no ocurrió en el caso de la demandante toda vez que carecía de la información necesaria para que el traslado de régimen se diera en forma libre y voluntaria y por ello la jurisprudencia ha reiterado que procede declaratoria de la ineficacia a fin de restituir las cosas al estado anterior, situación que difiere del traslado que se hace de manera libre y voluntaria como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas y como al declararse la ineficacia del traslado se retrotraen las cosas al estado en que se encontraban antes de que este se diera, esto es, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, ello acarrea no solo la devolución de los dineros correspondientes a cotizaciones y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también, la devolución de todos los valores que hubiera recibido la AFP, así como las sumas correspondientes

a gastos de administración, seguros previsionales y los porcentajes descontados para la garantía de pensión mínima. 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 revocar la decisión de la juez de primera instancia, toda vez que ante la falta de prueba de haber suministrado la información necesaria para que la demandante tomara una decisión informada respecto a las consecuencia que el traslado de régimen le acarrearía, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado que se dio entre la demandante y las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia, deben devolverse a COLPENSIONES los gastos de administración, seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, descontados por las AFP demandadas durante su afiliación al RAIS, 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, 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 esta orden no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues la ineficacia declarada va acompañada 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*».

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, propuesta en este caso, 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 la excepción de prescripción propuesta 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, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Ahora, respecto a la pretensión relacionada con el **reconocimiento de la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición**, señala el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que a aquellas personas que a 1º de abril de 1994 tuvieran una edad de 35 años o más, las mujeres, o 40 o más, los hombres, o por lo menos 15 años de servicio o de cotización, se les aplicaría el régimen anterior

en lo que respecta a la edad, tiempo de servicio o cotización y monto para efectos de su pensión de vejez.

La misma norma consagra en sus incisos 4º y 5º, la pérdida del régimen de transición cuando el afiliado se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, y cuando hecho este traslado se devuelve al régimen de prima media nuevamente, pues se ha considerado que como se trataba de una expectativa legítima, el afiliado estaba facultado para renunciar voluntaria y autónomamente a ella.

Para el efecto, nuevamente se hace mención a lo indicado en la jurisprudencia antes citada, en la que indicó al respecto:

“Sin embargo, el propósito de la ineficacia de un traslado al RAIS no se agota en el retorno al régimen al que se estaba afiliado con antelación, sino que, en casos como el que se analiza, también se extienden a la conservación del beneficio de la transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que incide en la definición de la situación pensional del actor. Así, como quiera que no se debate que este tenía la edad requerida en dicha norma para ser destinatario de tal beneficio, el hecho de que se llegue a declarar la ineficacia de su cambio de régimen, esto es, que se tenga como si jamás se hubiese celebrado, conlleva que se declare que siempre permaneció en el RPM y, por ende, que mantuvo el régimen de transición.

Si ello es así, el escenario para analizar el derecho pensional resulta diferente, dado que ya no le correspondería acreditar los requisitos para recuperar tal beneficio de la transición, esto es, tener 15 años de servicios a 1 de abril de 1994, porque si no dejó de pertenecer al RPM, nunca lo perdió en los términos de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De ahí que, la definición de la validez o no del acto de traslado al RAIS efectuado en el año 2001, no solo implicaría el retorno al RPM, que ya ocurrió por otras causas, sino fundamentalmente, la posibilidad de que la prestación pensional se estudie bajo el régimen anterior que le sea aplicable, lo que puede resultarle más favorable al actor. Así se reconoció en sentencia CSJ SL 22 nov. 2011”

Así las cosas, como, al retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, no perdió la señora NÉLIDA DUQUE ARIAS los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con 36 años cumplidos al 1º de abril de 1994, toda vez que nació el 4 de diciembre de 1957, se analizará si bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó a cumplir los requisitos, en especial la densidad de semanas para acceder a la pensión de vejez, para lo

cual se tiene que se requiere cumplir 55 años de edad, en su caso, por ser mujer y conforme al literal b) un mínimo de 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Por su parte, el Acto legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los afiliados que a la entrada en vigencia del referido acto legislativo, tuvieran al menos 750 semanas cotizadas, caso en el cual el régimen de transición se extendía hasta el 31 de diciembre de 2014.

Analizados los requisitos para tener derecho a la pensión al 31 de julio de 2010, se tiene que la demandante NO había cumplido el requisito de la edad, toda vez que por haber nacido el 4 de diciembre de 1957 cumplió los 55 años el 4 de diciembre de 2012, por lo que se pasa a analizar si cumplió con el requisito establecido en el Acto legislativo No. 1 de 2005, es decir, si contaba con 750 semanas a la entrada en vigencia de dicha norma, esto es, al 25 de julio de 2005.

De la historia laboral de la demandante que obra a folios 5 a 18 del archivo 03 (anexos de la demanda) expedido por COLPENSIONES el 24 de enero de 2020, se acredita que cotizó hasta el 30 de noviembre de 2011 un total de 1054,86 semanas, de las cuales hasta el 25 de julio de 2005 había cotizado un total de 929,83 semanas, por lo que cumplió con el requisito del Acto legislativo para mantener el régimen de transición hasta el mes de diciembre de 2014.

En consecuencia ya que conforme a la historia laboral la demandante había cotizado hasta el 30 de noviembre de 2011 un total de 1054.86 semanas y había cumplido los 55 años de edad el 4 de diciembre de 2012, tiene derecho a la pensión de vejez a partir del cumplimiento de la edad, que fue el último de los requisitos en cumplir pues dejó de cotizar en noviembre de 2011 y en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el porcentaje será del 78% de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la norma en cita y sobre el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, toda vez que resulta más favorable a la demandante que la que le correspondería por toda la vida laboral, por lo que efectuada la liquidación correspondiente le corresponde una mesada pensional de \$1.801.656 por trece mesadas anuales.

Ahora, como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que en razón a que la obligación pensional es de tracto sucesivo y en virtud de ello, el término prescriptivo opera de manera autónoma e independiente sobre las mesadas que se causan mes a mes, el trámite de la reclamación administrativa formulada se agotó en el momento en que se notificó a la actora la Resolución VPB10887, esto es a partir del 10 de febrero de 2015, en la que se indicó que “queda agotada la vía gubernativa». De ahí que, a partir de tal fecha cesó la suspensión del término prescriptivo y, por ende, empezaron a correr los tres años con los que contaba para presentar la demanda, sin que pueda tenerse en cuenta para este efecto la segunda reclamación que presentó el 18 de junio de 2015, toda vez que se trata de la misma prestación.

Así las cosas, como presentó la demanda el 7 de julio de 2020, las mesadas causadas antes del 7 de julio 2017 se encuentran prescritas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del C.S.T. y 489 del CPTSS. En consecuencia, el retroactivo pensional liquidado desde el 7 de julio de 2017 al 31 de marzo de 2023 corresponde a la suma de \$183.487.485 suma de la cual se deben descontar los aportes a seguridad social.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será revocada para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenar a las AFP PROTECCIÓN Y COLFONDOS a reintegrar a **COLPENSIONES** los valores descontados por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión durante la afiliación a las AFP demandadas, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente se ordenará a COLPENSIONES recibir los dineros mencionados. Se declarará que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y se CONDENARÁ a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 5 de diciembre de 2012, día siguiente al cumplimiento de los requisitos (edad) y declarar prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 7 de julio de 2017, conforme a lo aquí expuesto.

Sin Costas en esta instancia por haber prosperado el 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:

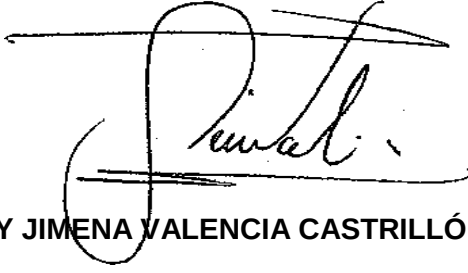
PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 30 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá (Juzgado 14 Laboral del Circuito), y en su lugar disponer:

- 1) DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual realizado por NÉLIDA DUQUE ARIAS y en consecuencia ORDENAR a las AFP PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. a reintegrar a COLPENSIONES los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión durante el tiempo de la afiliación al RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- 2) CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros antes mencionados.
- 3) DECLARAR que la demandante es beneficiaria del régimen de transición
- 4) CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante NÉLIDA DUQUE ARIAS la pensión de vejez en cuantía de \$1.801.656 a partir del 5 de diciembre de 2012
- 5) DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES para las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 7 de julio de 2017.
- 6) CONDENAR a COLPENSIONES a pagar un retroactivo pensional desde el 7 de julio de 2017 al 31 de marzo de 2023 en cuantía de \$183.487.485 de los cuales se autoriza a COLPENSIONES a descontar los aportes a seguridad social.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

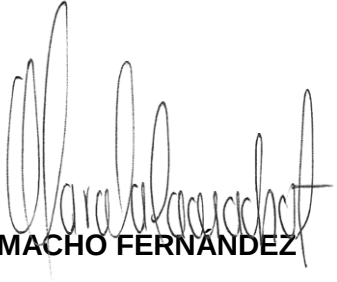
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ