

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-020-2022-00121-01
DEMANDANTE:	ANA MERCEDES MENDOZA SUÁREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y las AFP PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación y consulta sentencia del 8 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	ADICIONAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES y para revisarla en consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia del 8 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ANA MERCEDES MENDOZA SUÁREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-020-2022-00121-01**

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones principales la declaratoria de la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS efectuada en el mes de noviembre de 1996, ante la omisión del fondo de informarle de manera clara, completa y oportuna las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional y la incidencia sobre las prestaciones económicas. Como consecuencia solicita se ordene a PROTECCIÓN S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores recibidos como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales; reconocer lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

En subsidio solicita se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. ante la inexistencia del consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación al fondo privado.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 10 de marzo de 1992 hasta octubre de 1996 y a partir del mes de noviembre de 1996 se afilió al fondo privado, sin que se le hubiera brindado una asesoría completa, clara y oportuna respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, las diferencias en las prestaciones económicas, las ventajas y desventajas que implicaba el traslado de régimen; que no le asesoraron respecto al régimen que más le convenía tomando en cuenta su historia laboral, edad y tiempo cotizado.

Manifiesta que no le informaron el capital que debía acumular para adquirir el derecho a la pensión, o que el aporte que hiciera se distribuiría entre el pago de primas de seguros, asesoría para la contratación de renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad y cubrir los costos de administración o cómo influiría ello en el monto de la pensión; tampoco que tenía derecho al retractor ni la forma como se liquidaría su mesada pensional.

Indicó que la demandante radicó ante COLPENSIONES el 17 de marzo de 2022 solicitud de traslado de régimen y de declaratoria de la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, lo que fue rechazado por la demandada mediante comunicación de la misma fecha.

¹ Archivo 01 fs.4-21 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la afiliación inicial al ISS, el traslado al RAIS, la solicitud de afiliación al RPM, la respuesta negativa y los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La demandada AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma. Aceptó el hecho relacionado con la afiliación de la demandante al RAIS y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la AFP PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda; manifestó que no son ciertos o no le constan los 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 primas de seguros previsionales 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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 8 de marzo de 2023 (archivo 17), declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del

² Archivos 10, 11 y 12 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

RPM al RAIS efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A.; declaró a la demandante legalmente afiliada a COLPENSIONES. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas de dinero que recibió por concepto de cotizaciones con los rendimientos financieros y bonos pensionales y condenó en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Como fundamentos de su decisión, indicó que al momento del traslado de la demandante al RAIS no existió un consentimiento o libertad informada para que se efectuara el traslado, para lo que citó diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia y como pruebas tuvo en cuenta las documentales aportadas por las partes y el interrogatorio de parte que absolvió la demandante en la misma audiencia, aunque consideró que no era coherente que la empresa la llamara a firmar un formulario de traslado; pero al no haberse allegado prueba alguna de la información brindada, lo que correspondía a las demandadas; pues los formularios de afiliación no constituyen prueba de la asesoría debía concluirse que existió una ineficacia en el traslado efectuado por la demandante, razón por la que declaró la ineficacia del traslado y la devolución de los aportes, sus rendimientos y el bono pensional si lo hay. Ordenó a COLPENSIONES a tener como afiliada a la demandante y como la demandante no solicitó la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales no ordenó su devolución. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación para lo que manifestó que al trasladar a la demandante se va en contravía de la prohibición legal por la edad. Que el traslado se efectuó por voluntad de la demandante y conforme a las normas existentes para el momento; que ella pudo haber obtenido la información ya que en 3 traslados no solicitó ninguna asesoría, lo que era su obligación; por lo que considera existen demandas en este sentido en las que alegan la falta de información para obtener el traslado cuando están próximos a pensionarse, a fin de burlar la ley porque así podrían obtener una mejor pensión lo que afecta la sostenibilidad de COLPENSIONES.

En caso de ratificarse la sentencia, solicita no se imponga condena en costas pues su representada no tuvo ninguna injerencia en el traslado y los dineros que maneja solo pueden ser usados para el pago de pensiones. Respecto a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y demás, señala

que deben reintegrarse los dineros en su totalidad, pues la ineficacia genera que el traslado no nació a la vida jurídica.

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 **ANA MERCEDES MENDOZA SUÁREZ** al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, en particular la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde a los Fondo de Pensiones demandados, quienes dieron la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, 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 la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante y no a éste, como se pretende en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES.

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 **DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN S.A) el 25 de octubre**

de 1996 (f. 69 archivo 11) a la FP PORVENIR S.A. el 24 de enero de 200 (f. 29 archivo10) 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 las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Del interrogatorio de la demandante **ANA MERCEDES MENDOZA SUÁREZ** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que la afiliación al RAIS se dio porque la empresa en el año 1996 los llamó para que firmaran el formulario de afiliación donde le indicó que todos los fondos eran iguales y no fue ningún asesor de un Fondo; firmó el formulario porque la empresa le dijo, pero no lo leyó. No se acercó a buscar otros fondos para obtener información porque creyó en lo que le decía la empresa y que los traslados se dieron igualmente, porque los llamaban para que fueran a la oficina a firmar los traslados porque ellos trabajaban fuera. Que como no tenía información solo hasta que por

su familia conoció que se estaba afectando sus derechos por lo que fue a pasarse a COLPENSIONES, pero le dijeron que no podía cambiarse por la edad que tenía; sabe que no tiene la misma pensión pero no ha solicitado pensión ni proyección alguna. No ha hecho aportes voluntarios y lo que ve es que disminuye el valor de los extractos pero no ve los rendimientos. (Min. 12:35 audio archivo 17).

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 de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante al RPM 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, generados durante la permanencia de la afiliada en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

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

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En cuanto a la devolución de la demandante al referido régimen deber ser 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, tal y como lo solicita en su recurso COLPENSIONES.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, 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).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados, que es objeto del recurso por parte de COLPENSIONES 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, aunque esto no hubiera sido solicitado por la demandante.

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. (...)”

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, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación n.º 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negritas fuera de texto).*

Por último, respecto a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en éste caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la demandante que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, el ordinal tercero de la sentencia será adicionado en cuanto a ordenar la devolución a COLPENSIONES de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de administración seguros previsionales y porcentajes para la garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de la AFP y se confirmará en lo demás.

Costas en esta instancia no se imponen por haber prosperado parcialmente el recurso interpuesto por COLPENSIONES

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal tercero de la sentencia de fecha ocho (8) de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a ordenar a las AFP demandadas efectuar la devolución a COLPENSIONES de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de administración seguros previsionales y porcentajes para la garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se CONFIRMA en lo demás la sentencia de primera instancia.

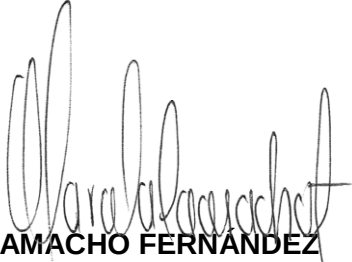
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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:	11001-31-05-021-2022-00336-01
DEMANDANTE:	NANCY CRUZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 24 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 24 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NANCY CRUZ HERNÁNDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-021-2022-00336-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., por omisión en el deber de información, al igual que siempre ha permanecido afiliada al RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; como consecuencia de ello, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración, que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de la AFP; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM, recibir sus aportes y rendimientos devueltos por la AFP Porvenir S.A., así como actualizar y corregir su historia laboral; condenar a todos aquellos derechos que hayan sido discutidos y probados bajo las facultades *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 13 de julio de 1967, motivo por el cual en la actualidad cuenta con 57 años; que cotizó para los riesgos de IVM al ISS hoy Colpensiones, sin embargo, se afilió a la AFP Porvenir S.A, sin que se le suministrara información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, pues no se le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, menos aún su diferencia con el RPM, omitiendo información de las ventajas y desventajas sobre su decisión de traslado. Que tampoco se le explicó cuáles eran las condiciones que debía cumplir en cada régimen pensional para acceder a una pensión, por las contingencias de vejez, invalidez o muerte.

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 no faltó al deber de información, contrario

¹ Páginas 3 a 32 Archivo 07 Expediente Digital

² Páginas 1 a 13 Archivo 11 Expediente Digital

a lo manifestado, pues la demandante pretende desconocer que, la determinación de pertenecer al régimen de ahorro individual fue libre y consciente, quien tomó la decisión como persona adulta, el día 2 de agosto de 1997, de afiliarse a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., por medio del formulario de afiliación N°99-0261657, luego de habersele informado con claridad los criterios pensionales y características de ambos regímenes, tal como lo estipula la Ley 100 de 1993.

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

COLPENSIONES³

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 a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la DEMANDANTE, 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, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º 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 C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

³ Páginas 3 a 42 Archivo 08 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 24 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., reconociendo como afiliación válida la del RPM, administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, para lo cual se concede el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, acotando que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, prevé los porcentajes que deben ser descontados de las cotizaciones efectuadas por los afiliados del RAIS y autoriza a las AFP para realizar dichos descuentos, a fin de destinarlos al pago de las contingencias que amparan terceros, derivadas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, además el artículo 113 de la normatividad *ejusdem*, enlista los rubros que deben entregarse cuando tiene lugar un traslado de régimen, como lo son el capital y los rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado, lo que impide legalmente devolver sumas distintas a los conceptos anotados, máxime cuando no están llamadas a financiar la pensión del afiliado, por manera que una condena como la impartida por el Juzgado de Conocimiento, configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y Colpensiones, lo que le genera un detrimento patrimonial a Porvenir S.A.

Así, dijo que no es procedente la devolución de los gastos de administración, ni las primas de los seguros previsionales, menos aún que ello se haga de manera indexada, toda vez que esa figura tiene por finalidad la actualización monetaria, a fin de mantener en el tiempo la moneda oficial, que se ve afectada por el efecto inflacionario, pues la cuenta de la demandante ha generado unos rendimientos financieros superiores al 46%, por tanto debe revocarse la condena por indexación, como así lo consideró el Tribunal Superior de Cundinamarca dentro del proceso 02 2021 111 y el Tribunal Superior de Cali en el proceso 05 2022 562, con sustento en que los rendimientos financieros compensan la depreciación del valor adquisitivo de la moneda.

Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que la demandante se trasladó de régimen de manera libre, sin presiones indebidas y en cumplimiento de los requisitos legales. Agregó que la más afectada con la decisión es Colpensiones, porque se genera una afectación en la sostenibilidad del sistema pensional, máxime que la afiliación del actor tuvo lugar hace más de dos décadas, lo cual desde el punto de vista de la carga de la prueba y el deber de información, hace imposible que se puedan probar las circunstancias que rodearon el traslado

de régimen, además, para esa época no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Agregó que el deber de información solo se materializó con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, resaltando que las AFP cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para demostrar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones e informado de sus afiliados, al ser el único requisito exigido por las leyes vigentes hasta el año 2014.

Dijo que también se debe analizar si en la presunta falta del deber de información se generó un efecto adverso como la pérdida del régimen de transición, o si, por el contrario, la convocante solo pretende trasladarse de régimen por no encontrarse de acuerdo con el valor de su mesada pensional, desconociendo las oportunidades previstas por la ley para surtir la movilidad entre regímenes pensionales. Concluye indicando que en caso de confirmarse la decisión opugnada, se condicione el cumplimiento de la orden impartida a Colpensiones, al momento en que esta reciba los dineros provenientes de la AFP Porvenir, además, solicitó a este Tribunal que no se condene en costas a la entidad, por cuanto no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causan daños injustificados por un contrato entre dos partes ajenas 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 NANCY CRUZ HERNÁNDEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy. PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

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

claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya 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 a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente 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).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 81 Archivo 07 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.

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

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

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues fue clara en referir que se trasladó cuando estaba laborando para la Universidad Javeriana, para lo cual se le acercaron unos asesores de la AFP, quienes le entregaron un formulario y le dijeron que *“tocaba trasladarse por el tema del seguro”*, sin brindarle ningún tipo de información (Min. 10:18 – 19:18 archivo de audio y video 13 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual 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 esta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

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

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

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la

ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

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

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por 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 habrá de ser confirmada, sin que sea necesario emitir órdenes adicionales a las establecidas por el A quo, pues claro es que Colpensiones sólo puede cumplir la sentencia hasta tanto reciba los dineros provenientes de Porvenir S.A. 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 24 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) 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 por no haber prosperado sus recursos de apelación,

inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-027-2020-00461-01
DEMANDANTE:	IVÁN FRANCISCO PACHECO RESTREPO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación sentencia del 20 de abril de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	

Hoy, diecinueve (19) de mayo 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 el demandante **IVÁN FRANCISCO PACHECO RESTREPO** respecto de la sentencia del 20 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **IVÁN FRANCISCO PACHECO RESTREPO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-027-2020-00461-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones se declare que el señor **IVÁN FRANCISCO PACHECO RESTREPO** es beneficiario del régimen de

¹ Archivo 1 fs.4-14 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

transición y adquirió el derecho a la pensión de vejez a partir del 2 de octubre de 2005, fecha en que cumplió los 60 años y había cotizado más de 1000 semanas.

Se declare que adquirió el derecho a cargo del entonces ISS a partir del 1º de abril de 2006, fecha en que fue retirado del sistema general de pensiones. Se declare que COLPENSIONES le adeuda el retroactivo pensional por mesadas causadas entre el 1º de abril de 2006 y el 11 de mayo de 2017.

Se condene a la demandada a reconocer la pensión a partir del 1º de abril de 2006 en un monto equivalente a la suma de \$2.667.772 con las mesadas adicionales correspondientes. Se condene a COLPENSIONES al pago del retroactivo desde el 1º de abril de 2006 hasta el 11 de mayo de 2017 junto con los intereses de mora sobre las mesadas retroactivas, la indexación, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC entre el 1º de febrero de 1982 y el 31 de agosto de 1993, pero la empresa no cumplió con su obligación de afiliación y pago de los aportes a seguridad social.

Que conforme a la historia laboral el actor cotizó en forma ininterrumpida entre el 1º de enero de 1967 y el 30 de marzo de 2006 (600,86 semanas) y contaba al 1º de abril de 1994 con 40 años cumplidos, por lo que era beneficiario del régimen de transición. Que el tiempo de omisión por afiliación por parte de OCCIDENTAL DE COLOMBIA S.A. corresponde a 595,71 semanas que sumadas a las ya mencionadas totalizan 1196,57 semanas, con lo que cumple los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

Solicitó al ISS el 8 de junio de 2006 el reconocimiento pensional lo que fue negado mediante la Resolución 037370 del 19 de septiembre de 2006 por considerar la demandada que cumplió 14 años 2 meses y 29 días de cotización y no cumplía los requisitos de la Ley 71 de 1985 ni del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 y mediante Resolución 003880 del 9 de julio de 2009 se confirmó la decisión anterior.

Expresa que de no haberse presentado la omisión en la afiliación por parte del empleador tendría derecho a la pensión a partir del 1º de abril de 2006 por lo que presentó demanda en contra de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC en el que

la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 30 de septiembre de 2014 ordenó a la demandada realizar la afiliación de manera retroactiva y a reconocer y pagar el respectivo cálculo actuarial a COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1982 y el 31 de agosto de 1993 y a COLPENSIONES le ordenó efectuar la liquidación del cálculo actuarial. Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 20 de febrero de 2019.

Una vez efectuado el pago del cálculo actuarial se procedió a consolidar la historia laboral del actor para completar 1196,29 semanas de cotización, por lo que radicó el 12 de mayo de 2020 el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución SUB148751 del 13 de julio de 2020 en cuantía inicial de \$3.970.995 a partir del 12 de mayo de 2017, teniendo en cuenta un total de 1209 semanas de cotización, disponiendo que el pago de valores causado con anterioridad se encuentra prescrito.

Interpuso recursos de reposición y apelación pretendiendo obtener el derecho a la pensión a partir del 1º de abril de 2006, lo que fue resuelto mediante Resoluciones SUB164043 del 1º de julio de 2020 y DPE12124 del 8 de septiembre de 2021 confirmando la decisión inicial.

Que el actor cumplió la edad el 2 de octubre de 2005 y el retiro del sistema general de pensiones se dio el 1º de abril de 2006, fecha para la cual contaba con más de 1000 semanas de cotización, por lo que tiene derecho a la pensión desde la última fecha. En relación con la prescripción, menciona que solicitó la pensión al ISS el 8 de junio de 2006 la que le fue negada el 19 de septiembre del mismo año y dicha decisión fue confirmada el 28 de agosto de 2009 por lo que presentó la demanda ordinaria el 28 de julio de 2010 por lo que de las actuaciones administrativas es viable concluir que no existe la prescripción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo

² Archivo 7 fs- 1-24 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses, indemnización moratoria, al pago del IPC, indexación o reajuste alguno; carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 20 de abril de 2023 (archivos 13 y 14), negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor IVÁN FRANCISCO PACHECO RESTREPO y absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas. Declaró probadas las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido formuladas por COLPENSIONES y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, manifestó respecto al retroactivo solicitado que, verificado el expediente administrativo del demandante había cotización en forma interrumpida 1209 semanas y que se reconoció la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 12 de mayo de 2017.

Indicó que la pensión solo se hizo exigible a COLPENSIONES a partir de la sentencia que ordenó el pago del cálculo actuarial, esto es el 20 de febrero de 2019 en que quedó ejecutoriada y en firme la decisión; momento a partir del cual podía considerarse que el actor cumplió el requisito de semanas de cotización para obtener la pensión de vejez, pues antes no contaba con la densidad de semanas del Acuerdo 049 de 1990 para obtener el derecho y por ello debió adelantar el proceso en contra del empleador para el pago de las cotizaciones faltantes.

Señaló que fue el demandante quien asumió los efectos del tiempo, porque finalizado su contrato de trabajo el 31 de agosto de 1993 y de haber cumplido los 60 años el 2 de octubre de 2005, solo hasta el mes de julio de 2006 solicitó el reconocimiento de la pensión y el 24 de mayo de 2010 inició el trámite del proceso para el reconocimiento del cálculo actuarial, por lo que COLPENSIONES no puede asumir el pago de un retroactivo de un periodo en el que el derecho pensional no había nacido a la vida jurídica.

Que como la solicitud después de haberse hecho exigible el derecho, se presentó el 12 de mayo de 2020 era acertada la decisión de la demandada de reconocer la pensión a partir del 12 de mayo de 2017, pues las mesadas pensionales entre el 1º de abril de 2006 y 12 de mayo de 2017 fueron afectadas por el fenómeno de la prescripción, por lo que negó las pretensiones de la demanda, declaró prosperas las excepciones propuestas por la demandada de prescripción, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que no se debe aplicar la prescripción, toda vez que conforme lo dispone la legislación la presentación de la demanda interrumpe el término de la prescripción siempre que se notifique al demandado dentro del término de un año como ocurrió en este caso y que conforme a las actuaciones adelantadas y el momento en que se hizo la reclamación a COLPENSIONES no existe prescripción de las mesadas que le corresponden al actor desde el 1º de abril de 2006.

Resaltó que el cálculo actuarial debió ser liquidado incorporando el valor de la reserva a cargo del empleador para el pago de la obligación pensional en favor del trabajador, por lo que el retroactivo correspondiente hizo parte del cálculo actuarial cancelado por la empleadora y liquidado por COLPENSIONES.

Señaló que tanto en el trámite administrativo como el judicial, la pretensión fue para obtener el derecho a la pensión de vejez y dentro del cálculo actuarial se incluyeron todos los conceptos que fueron cancelados, por lo que solicita se revoque la decisión y se acceda al reconocimiento de las pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, 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 el demandante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de abril de 2006 y el 11 de mayo de 2017 y en tal caso si prospera la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que se encuentra acreditado el agotamiento de la reclamación administrativa con las Resoluciones allegadas con la demanda y que no ha sido objeto de controversia que al actor se le reconoció la pensión de vejez conforme al Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Lo que reclama el demandante es que se reconozca la pensión a partir del 1º de abril de 2006 y en consecuencia se cancele el retroactivo pensional desde esa fecha hasta el 11 de mayo de 2017, fecha en que se reconoció la pensión.

En el caso en estudio, el demandante adelantó proceso en contra de la empleadora OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC a fin de obtener el pago del cálculo actuarial, con lo cual buscó garantizar el derecho fundamental a la seguridad social, quien no puede verse perjudicado por la falta de cobertura del ISS, como sucede en el caso bajo estudio, especialmente, tratándose de períodos efectivamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales, tal y como se indicó en la sentencia CSJ SL2584-2020.

El cálculo actuarial no es una proyección de aportes de períodos anteriores como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a una parte del capital necesario para financiar una pensión por el tiempo trabajado, por lo que el valor que debe trasladar el empleador representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el Sistema General de Pensiones, el cual debe ser cancelado debidamente actualizado al momento del pago y a satisfacción de COLPENSIONES en éste caso, el cual debe ser

proporcional al tiempo durante el cual el trabajador estuvo al servicio del empleador demandado, quien tenía a su cargo la prestación.

Así las cosas, si bien COLPENSIONES no podía reconocer la prestación sino una vez cancelado el valor del cálculo actuarial a su entera satisfacción, este valor cubría el tiempo laborado por el actor con OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC entre el 1º de febrero de 1982 y el 31 de agosto de 1993, por lo que debía tenerse en cuenta como si dicho periodo hubiese sido oportunamente cancelado para efectos del reconocimiento de la pensión, toda vez que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 dispone que se tendrá en cuenta para efectos del cómputo de las semanas “el tiempo de servicios como trabajadores vinculado con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador” y en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de septiembre de 2014 en el caso del demandante, se condenó a OCCIDENTAL DE COLOMBIA a realizar la afiliación de manera retroactiva, reconocer y pagar el respectivo cálculo actuarial y ordenó a COLPENSIONES efectuar la liquidación del cálculo actuarial, actualizando las correspondientes sumas adeudadas, de acuerdo con el salario que devengaba el actor. (f. 27 archivo 2).

En atención a lo anterior, debía tenerse en cuenta para el reconocimiento de la prestación y su exigibilidad los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es la edad (2-10-2005) y número de semanas cotizadas (1209 al 31 de marzo de 2006), requisitos que se encuentran plenamente acreditados y es reconocido por COLPENSIONES en las Resoluciones allegadas, por lo que para el otorgamiento de la pensión debía tomarse la fecha de retiro del sistema general de pensiones, la cual se efectuó en el mes de marzo de 2006, lo cual se encuentra acreditado con la documental que obra a folio 2 del archivo 2, por lo que el actor tenía derecho al reconocimiento de la pensión a partir del 1º de abril de 2006, como lo solicita en su demanda.

Ahora en cuanto a la prescripción de las mesadas pensionales, se observa que el demandante aportó la siguiente prueba documental que obra en el archivo 02 del expediente:

Resolución 037370 del 19 de septiembre de 2006 (fs. 48-50) que negó la prestación solicitada por el asegurado el 8 de junio de 2006, por no cumplir con el requisito de semanas de cotización, razón por la que el demandante inició proceso

ordinario en contra de la empleadora OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC, sentencias que obran a folios 7 a 46 del archivo 02.

Resolución 003880 del 9 de julio de 2009 (fs.52-54) que confirmó la decisión anterior.

La liquidación del cálculo actuarial al 30 de marzo de 2020 efectuado por COLPENSIONES obra a folios 65 a 67 el cual fue cancelado por OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC el 27 de marzo de 2020 conforme a la comunicación que obra a folios 68 a 69 expedida por COLPENSIONES.

Solicitud de reconocimiento de la prestación de fecha 12 de mayo de 2020 (f.70) y la Resolución SUB148751 del 13 de julio de 2020 (fs.72-78) que reconoce la pensión de vejez al demandante conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 12 de mayo de 2017 manifestando que los valores causados antes de esa fecha se encuentran prescritos, lo que fue confirmado con la Resolución SUB164043 del 31 de julio de 2020 y la Resolución DPE12124 del 8 de septiembre de 2020 al resolver los recursos interpuestos.

Conforme a lo anterior, cumplió el actor los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el 1º de abril de 2006 tomando en cuenta para ello el pago del cálculo actuarial pagado por parte de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC, que se efectuó después del trámite del proceso ordinario y una vez efectuada la liquidación del mismo por parte de COLPENSIONES, el día 27 de marzo de 2020 por lo que el actor solicitó el reconocimiento pensional el 12 de mayo de 2020.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, el término de la prescripción debe contarse a partir de la fecha en que se efectuó el pago del cálculo actuarial (27-03-20), toda vez que se requería dicho pago para hacer posible el reconocimiento pensional con la contabilización de las semanas de cotización, sin que pueda tomarse en cuenta una fecha anterior, pues la omisión del empleador en la afiliación no puede acarrearle consecuencias negativas al trabajador y OCCIDENTAL DE COLOMBIA INCA cubrió con el pago del cálculo a satisfacción de COLPENSIONES, por lo que al haberse presentado la solicitud de reconocimiento pensional el 12 de mayo de 2020 no había surtido sus efectos el fenómeno de la prescripción, y como se presentó la demanda en el presente asunto el 16 de diciembre de 2020, conforme al acta de reparto que se observa en el archivo 03, no operó la prescripción. Por lo tanto, como la pensión debía

reconocerse a partir del 1º de abril de 2006 en cuantía inicial de \$2.503.342 con las mesadas adicionales correspondientes por haberse causado con anterioridad al 31 de julio de 2010, debe COLPENSIONES reconocer y pagar el valor del retroactivo pensional desde el 1º de abril de 2006 hasta el 11 de mayo de 2017.

En cuanto a la condena al pago de los intereses de mora sobre las mesadas retroactivas, no es procedente, toda vez que la negativa al reconocimiento de la pensión se fundaba en la falta de las semanas de cotización y el valor del cálculo actuarial correspondiente, que solo fue cancelado el 27 de marzo de 2020.

Respecto a la indexación de las sumas adeudadas, considera la Sala procedente dicho pago como consecuencia de la inflación y tomando en cuenta, que, al momento de liquidar el valor del cálculo actuarial por parte de COLPENSIONES, la entidad tuvo en cuenta dicho concepto conforme se observa en la liquidación que efectuó para el pago del cálculo por parte de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. (fs. 65-67).

En consonancia con lo expuesto se revoca la decisión de primera instancia y en su lugar se CONDENA a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante a partir del 1º de abril de 2006 en cuantía inicial de \$2.503.342 con el consecuente retroactivo hasta el 11 de mayo de 2020, toda vez que a partir del 12 de mayo de 2020 se incluyó al actor en nómina de pensionados. Igualmente se ordena el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre por haberse causado con anterioridad al 31 de julio de 2011 y la indexación de las sumas adeudadas. El valor del retroactivo liquidado al 31 de marzo de 2023 equivale a la suma de \$784.631.362,80

Costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES. Y las de esta instancia igualmente a cargo de COLPENSIONES. 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: REVOCAR la sentencia de fecha veinte (20) de abril de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar se CONDENA a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante IVÁN FRANCISCO PACHECO RESTREPO a partir del 1º de abril de 2006 en cuantía inicial de \$2.503.342 con el consecuente retroactivo hasta el 11 de mayo de 2020 debidamente indexado, por 14 mesadas anuales; retroactivo que liquidado al 31 de marzo de 2023 equivale a la suma de \$784.631.362,80

SEGUNDO: Costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES y costas de esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho 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:	11001-31-05-029-2022-00309-01
DEMANDANTE:	DORA CECILIA CÁRDENAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la AFP PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación y consulta sentencia del 27 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	ADICIONAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES y para revisar en consulta en su favor respecto de la sentencia del 27 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **DORA CECILIA CÁRDENAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-029-2022-00309-01**

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones principales se condene a la AFP PROTECCION S.A. a aceptar el traslado de la demandante al RPM por ser beneficiaria del régimen de transición y se le condene a enviar a COLPENSIONES los aportes pensionales, rendimientos aplicados a la cuenta pensional de la demandante y condenar a COLPENSIONES a aceptar la vinculación de la demandante en el RPM y a recibir los dineros mencionados.

Como pretensiones subsidiarias solicita se declare le ineficacia de la vinculación de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., se condene al fondo privado a trasladar a la demandante al RPM y a enviar allí todos los valores correspondientes a los aportes y rendimientos junto con los descuentos efectuados. Condenar a COLPENSIONES a aceptar a la demandante en el RPM y a recibir los aportes, rendimientos financieros y demás.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó, en síntesis, que inicialmente estuvo afiliada al ISS, pero cuando reingresó a laborar con la Gobernación de Cundinamarca le entregaron el formulario de afiliación al RAIS por lo que ella lo firmó y entregó a su empleadora. Que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005 ya había cotizado más de 750 semanas y contaba con 53 años de edad por lo que es beneficiaria del régimen de transición y en consecuencia su traslado es procedente en cualquier momento, conforme a la jurisprudencia que relaciona.

Que solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado de régimen, lo que fue negado, argumentando que ha sobrepasado la edad mínima para ello, lo que igualmente fue manifestado por COLPENSIONES.

Afirma que la AFP PROTECCIÓN S.A. no dio la información necesaria a la actora frente al régimen al que se trasladaba y no tuvo una doble asesoría que le permitiera conocer las consecuencias del traslado de régimen, lo que lesiona su derecho a la libre escogencia.

¹ Archivo 1 fs.1-14 Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, 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 la innominada o genérica.

La demandada AFP PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos relacionados con la afiliación de la demandante y la reclamación. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás y 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y de seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 27 de marzo de 2023 (archivo 15), declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por la demandante al fondo demandado el 30 de mayo de 1995; declaró que para todos los efectos legales nunca se trasladó y en consecuencia permaneció en el RPM. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES los dineros recibidos por concepto de cotizaciones, rendimientos, y sumas destinadas a la garantía de pensión

² Archivos 6 y 8 Expediente Digital

mínima en un término de 30 días y a COLPENSIONES a recibir los mencionados valores. No impuso condena en costas.

Como fundamentos de su decisión, indicó que la demandante para la fecha de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años y era beneficiaria del régimen de transición, por lo que las primeras sentencias que se produjeron al respecto se dieron precisamente porque los demandantes tenían un beneficio adicional como era pensionarse con las normas anteriores y una doble protección. Que actualmente la ineficacia se da independientemente de que sea beneficiaria del régimen de transición, pues el deber de información existía desde la creación del RAIS y que conforme a la jurisprudencia le correspondía a la AFP demostrar el haber suministrado la información necesaria y en especial respecto a la pérdida de los beneficios que tenía por pertenecer al régimen de transición y la forma como se liquidaría su pensión, ya que no bastaba con la firma del formulario de afiliación, única prueba allegada por la AFP demandada, por lo que accedió a declarar la ineficacia del traslado realizada por la demandante en el año 1995 y ordenó la devolución de las cotizaciones, rendimientos y descuentos para garantía de pensión mínimos, pero no ordenó devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales por considerar que los rendimientos superaron el capital acumulado y porque las contingencias estuvieron amparadas por la aseguradora. No condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. no interpuso recurso.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación únicamente frente a la orden de reintegro de recursos, para que se adicione la sentencia con relación a incluir en la devolución de dineros, lo correspondiente a gastos de administración y seguros previsionales conforme a la jurisprudencia.

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 **DORA CECILIA CÁRDENAS** al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A, junto con las consecuencias propias que de ello se derivan, entre ellas 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 es 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 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 demandado, quien dio la asesoría 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 la parte demandada, quien, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la parte demandante, lo que en este caso no cumplió la AFP demandada.

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 el 30 de agosto de 1995 (f. 43 archivo 06) 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 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 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 por primera vez 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.

Del interrogatorio de la demandante **DORA CECILIA CÁRDENAS** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que: “ *es bachiller y se trasladó de régimen en 1995 porque donde trabajaba (oficina de Tránsito) se hicieron presentes asesores del fondo y les dijeron que el ISS se iba a acabar y que el fondo les ofrecía mejores condiciones pero no les explicaron los beneficios que iban a obtener y les tomaron los datos, pero no hubo una reunión para explicarles. También fueron otros asesores, pero como ya estaba afiliada a Protección no les puso atención. No hizo preguntas, pero después se sintió engañada por no haber tenido la información que necesitaba. Que para ella la diligencia era directamente con la función pública y se trasladaron todos los del grupo de la unidad, no la obligaron a firmar, no tenía ninguna incapacidad para decidir y no conocía nada sobre las*

posibilidades de cotización voluntaria. Se quiere trasladar porque ya tiene 70 años y hace mucho está solicitando el traslado, por lo que no ha solicitado la pensión con el fondo porque fue un engaño lo que le hicieron; cree que la pensión es de acuerdo con último sueldo que devengó hasta el año 2022, y por haber trabajado 30 años debía tener una pensión un poco mejor. (Min. 6:22 audio archivo 15).

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 de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante al RPM 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, generados durante la permanencia del afiliado 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 indicado 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. En cuanto a la devolución del afiliado demandante al referido régimen deber ser 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 parte demandante.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, 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).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados, que se revisa en consulta en favor de 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, aunque esto no hubiera sido solicitado por la demandante y no obstante que el capital produjera rendimientos o que se diera la cobertura de los seguros previsionales.

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. (…)”

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, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación n.º 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negritas fuera de texto).*

Respecto a que el demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado

por la parte demandante que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, los ordinales tercero y cuarto de la sentencia serán adicionados en cuanto a ordenar a las AFP demandadas la devolución a COLPENSIONES y a esta a recibir los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no solo por concepto de los descuentos para la garantía de pensión mínima, sino también respecto de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de la AFP y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia, por cuanto prosperó el recurso interpuesto por COLPENSIONES.

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

RESUELVE:

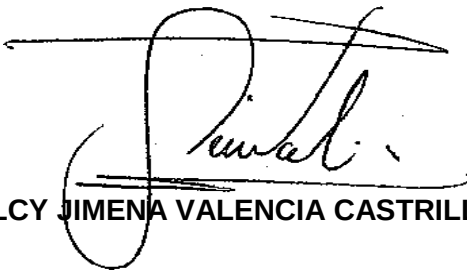
PRIMERO: ADICIONAR los **ORDINALES TERCERO y CUARTO** de la sentencia de fecha veintisiete (27) de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. a efectuar la devolución a COLPENSIONES de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y a COLPENSIONES a recibir dichos dineros, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-030-2020-00395-01
DEMANDANTE:	HENRY ARCADIO SARMIENTO DUARTE
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.
ASUNTO:	Apelación y consulta sentencia del 8 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	ADICIONAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES y para revisar en consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia del 8 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HENRY ARCADIO SARMIENTO DUARTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-030-2020-00395-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones que se declare que el actor estuvo afiliado al ISS desde diciembre de 1979 hasta julio de 2010 y que se afilió al RAIS a través de PORVENIR S.A. en septiembre de 2010, momento para el cual contaba con 1.309 semanas de cotización al RPM por lo que tenía una expectativa legítima de causar un derecho pensional en el RPM.

Se declare que la AFP PORVENIR S.A. omitió su deber de información al actor sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, lo que indujo a error al demandante.

Se declare la nulidad del traslado de régimen realizado por el demandante a PORVENIR S.A. y se ordene su retorno al RPM; a reactivar la afiliación a dicho régimen administrado por COLPENSIONES y se ordene a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES los valores recibidos del demandante por concepto de cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, bonos pensionales, sumas adicionales de seguros, gastos de administración. Se condene a las demandadas a todo lo que ultra y extra petita resulte probado y al pago de las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el demandante nació el 12 de septiembre de 1959 y en diciembre de 1979 se afilió al ISS hoy COLPENSIONES donde efectuó aportes hasta el mes de julio de 2010, cotizando un total de 1309 semanas. Que en el mes de agosto de 2010 los asesores de PORVENIR S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse al RAIS asegurándole que en el fondo privado contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, toda vez que le permitiría acceder a una pensión anticipada y en cuantía muy superior a la que le reconocería el ISS, pues allí se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional y se reduciría considerablemente la tasa de remplazo.

Omitió informar al demandante lo relacionado con los aportes voluntarios, el capital mínimo requerido para obtener la pensión o los aportes que debía realizar, por lo que ante la información incompleta y errada el actor suscribió el formulario de afiliación, lo que no hubiese ocurrido de haber conocido los verdaderos efectos del traslado.

¹ Archivo 2 fs.1-23 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Manifiesta que se solicitó a las demandadas las proyecciones de la mesada pensional, lo que arrojó como resultado que en el RAIS la mesada pensional sería muy inferior a la que le reconocerían en el RPM, lo que permite concluir que la información suministrada por el asesor estaba errada y llevó al actor a realizar un traslado que era desventajoso para él.

Que el 5 de agosto de 2020 solicitó a COLPENSIONES el traslado de fondo con fundamento en la nulidad de la afiliación, lo que fue negado mediante comunicación del día siguiente, y el 11 de agosto de 2020 presentó igual solicitud ante PROVENIR S.A., quien respondió en forma negativa el 1º de septiembre de 2020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda; manifestó que no le constan los demás hechos y propuso como excepciones de fondo las de perfeccionamiento de actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección de sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad, la innominada o genérica y buena fe.

La demandada AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las todas las pretensiones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Por su parte la AFP COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda; manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago; saneamiento de cualquier nulidad de afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios del

² Archivos 5, 7 y 8 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

consentimiento, obligación a cargo exclusivo de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de noviembre de 2022 (archivo 15), declaró la ineficacia de los traslados del RPM al RAIS efectuados por el demandante a los fondos demandados y declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas de dinero que recibió por concepto de cotizaciones con los rendimientos financieros y bonos pensionales y los costos cobrados por concepto de administración los cuales deberán ser pagados con recursos propios del fondo. Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del actor al RPM y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

Como fundamentos de su decisión, indicó que conforme a la jurisprudencia se presenta una ineficacia del traslado cuando se exterioriza la falta de información para el traslado del afiliado, por lo que debían las demandas acreditar el haber suministrado al actor la información suficiente y completa respecto a los beneficios y desventajas del traslado de régimen así como las consecuencias que ello le acarrearía, por lo que al no haber aportado las AFP demandadas prueba de la asesoría brindada, no podía tenerse en cuenta un consentimiento libre e informado por parte del accionante para que se efectuara el traslado de régimen ya que de los formularios suscritos por el demandante no se observaba tal información. Resaltó que no se ratificaba la afiliación al RAIS porque el demandante hubiera regresado al RPM en el año 2004, pues estaba claro que existió una evidente falta de información previa a cada uno de los traslados. En razón a ello, correspondía la declaratoria de la ineficacia en el traslado efectuado por el demandante, por lo que las cosas se retrotraían al estado anterior y en consecuencia ordenó la devolución de los aportes, sus rendimientos y los gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES tener como afiliado al demandante al RPM, a actualizar su historia laboral y a recibir los dineros provenientes de los fondos privados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las AFP demandadas, pero no a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. interpuso el recurso de apelación, para lo que argumentó que el primer traslado se dio de manera libre y voluntaria porque en el interrogatorio de parte el demandante manifestó no haber sido constreñido; que para la fecha del primer traslado no se requería sino la suscripción del formulario y el demandante manifestó que no recuerda si estuvo o no un asesor por lo que no puede decirse que existió vicio del consentimiento. De otro lado, dice que el demandante estuvo afiliado en dos oportunidades al RAIS con lo que se acreditó su voluntad de permanecer afiliado a dicho régimen

PORVENIR S.A., igualmente interpuso recurso de apelación para lo que manifestó que el traslado inicial no fue realizado con PORVENIR S.A. y que el actor es una persona capaz, por lo que podía realizar negocios jurídicos; además, se encuentra en la prohibición de afiliarse al RPM por la edad. Que a él le asistía el deber de estar informado sobre las características del régimen al que se trasladaba. Respecto a las condenas impuestas menciona que la norma establece cuales son los dineros que se pueden trasladar y no son las que se dispusieron en la sentencia, como tampoco los gastos de administración y demás rubros debidamente indexados, máxime cuando su cuenta a generado rendimientos financieros, lo que no ha permitido que se afecten por la inflación; además que ello no fue solicitado en la demanda.

COLPENSIONES no interpuso el recurso de apelación, sino que se atuvo al grado jurisdiccional de consulta.

La parte demandante interpuso recurso de apelación respecto al numeral 8 de la sentencia en relación con la condena en costas de la que se absolvió a COLPENSIONES, para lo que argumente que no se allanó a la demanda y realizó actos procesales para oponerse a las pretensiones, por lo que debe ser condenada en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por 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 **HENRY ARCADIO SARMIENTO DUARTE** al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, junto con las consecuencias propias que de ello se derivan, entre ellas la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima y por último respecto de la condena en costas del proceso.

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 es del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da

la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

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

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

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

Así pues, le corresponde a los Fondo de Pensiones demandados, quienes dieron la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, 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 la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante, lo que en este caso no cumplieron las AFP demandadas.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS el 21 de octubre de 1996 conforme al reporte de ASOFONDOS (f. 71 archivo 07) a la FP PORVENIR S.A. el 29 de julio de 2010 (f. 72 archivo 07) 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 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.

Es cierto que el demandante se retiró de COLFONDOS conforme al reporte de ASOFONDOS el 16 de abril de 2004 y que nuevamente se afilió al RAIS el 29 de julio de 2010; sin embargo las AFP demandadas no demostraron que en alguna de las dos oportunidades le hubieran suministrado la información necesaria para que el actor tomara una decisión informada, por lo que no es de recibo la manifestación de las demandadas respecto a que por ello estaba demostrado que tenía voluntad de permanecer en el RIAS o que conocía las ventajas y desventajas que le acarreaba el traslado de régimen, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 1328 de 1999 ya se encontraba vigente para el momento en que el actor se afilió a PORVENIR S.A. y en ella se indica que los consumidores financieros tienen derecho a tener a su disposición información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos que le permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado, lo que no sucedió en este caso, toda vez que las demandadas no suministraron al respecto prueba alguna de la información que le brindaron.

Adicionalmente, en la segunda oportunidad en que el actor se trasladó al RAIS, esto es en julio de 2010, la demandada AFP PORVENIR S.A. incumplió durante todo el tiempo de la afiliación con la obligación contenida en la Ley 1328 de 2009, máxime cuando para el año 2010 en que se afilió a PORVENIR S.A., el actor ya contaba con el número de semanas requerido para pensionarse, es decir contaba con 1309 semanas (f. 136 archivo 2) y tenía 51 años cumplidos, lo que debió tenerse en cuenta al momento de asesorar al afiliado y no realizar la simple suscripción del formulario.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado 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 por primera vez 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.

Del interrogatorio del demandante **HENERY ARCADIO SARMIENTO DUARTE** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que: *“Se trasladó en la primera oportunidad porque iniciaba en una nueva empresa y en recursos humanos le entregaron el formulario, no recuerda que le dieran asesoría, sino que simplemente llenó el formulario que le dieron en el departamento de personal y lo firmó. En el año 2004 se trasladó al ISS porque se trasladaron sus compañeros por decisión del gerente de la empresa donde estaba en ese momento, pero no por asesoría de COLPENSIONES. Que en el 2010 fueron asesores de PORVENIR S.A. quienes le dijeron que le convenía estar en PORVENIR porque el ISS se iba a acabar. No recibe los extractos de forma continua sino ocasional y quiere retronar a COLPENSIONES porque en el año 2019 el abogado le informó cosas que no conocía sobre el régimen, por lo que fue a averiguar al Fondo y confirmó lo que le dijo el abogado. Que el asesor no le informó que estaba cerca de la edad que le prohibía trasladarse, ni sobre la posibilidad de retracto, y no le informaron nada sobre los beneficiarios o sobre los rendimientos financieros ni le hicieron proyección de la mesada.”* (Min. 24:36 audio archivo 15).

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 de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante al RPM 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, generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

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

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

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, 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).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima

debidamente indexados, que se revisa en consulta en favor de COLPENSIONES, para lo que 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, aunque esto no hubiera sido solicitado por la parte demandante.

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. (…)”

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, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación N.º 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negrillas fuera de texto).*

Respecto a que el demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra

establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la parte demandante lo que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, los ordinales tercero y cuarto de la sentencia deben ser adicionados en cuanto a ordenar a las AFP demandadas la devolución a COLPENSIONES de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, no solo por concepto de gastos de administración, sino también por concepto de seguros previsionales y porcentajes para la garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de cada AFP y se confirmará en lo demás.

En cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES como lo solicita la parte actora, es necesario señalar que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, lo que sucedió en este caso es que COLPENSIONES, no obstante que se opuso a las pretensiones de la demanda fue vencida en el proceso, razón por la que se modificará el ordinal 8º de la sentencia recurrida, para condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES en igual forma que a las demás demandadas.

Costas en esta instancia a cargo de las AFP PORVENIR y COLFONDOS. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por cuanto no interpuso recurso alguno y la decisión se revisó en el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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: SE ADICIONAN los **ORDINALES TERCERO y CUARTO** de la sentencia de fecha dieciséis (16) de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a ordenar a las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. demandadas en el proceso, a efectuar la devolución a COLPENSIONES de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de seguros previsionales y

garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

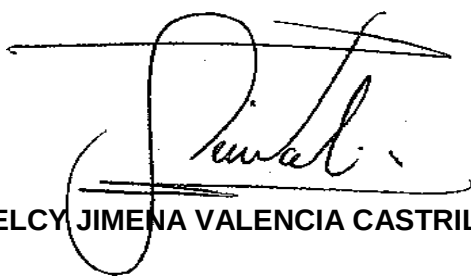
SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal octavo de la sentencia recurrida en cuanto a condenar en costas a COLPENSIONES, en igual cuantía que a las otras demandadas, conforme a lo ya expuesto.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes demandadas AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-030-2021-00171-01
DEMANDANTE:	ROSALÍA CARRIAZO DE LARA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación sentencia del 15 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo 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 COLPENSIONES y para revisión en consulta en su favor de la sentencia del 15 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROSALÍA CARRIAZO DE LARA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-030-2021-00171-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones se declare que la señora ROSALÍA CARRIAZO DE LARA es cónyuge supérstite de ANTONIO LARA RODRÍGUEZ por lo que solicita se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes junto con el retroactivo correspondiente y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la señora ROSALÍA CARRIAZO DE LARA y el causante ANTONIO LARA RODRÍGUEZ contrajeron matrimonio el 6 de agosto de 1976 y convivieron de manera permanente hasta que fue diagnosticado con artrosis reumatoide, momento en que fue trasladado a Lérída (Tolima) donde ella lo visitaba constantemente.

Desde el 30 de abril de 2015 el señor ANTONIO LARA RODRÍGUEZ percibía una pensión de vejez en cuantía de \$1.411.694 para la fecha de su fallecimiento el 10 de abril de 2016.

La demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes lo que fue negado mediante Resolución GNR16617 del 23 de enero de 2017 con el argumento de no haber acreditado la convivencia con el causante durante los últimos 5 años, por lo que presentó los recursos de ley siendo confirmada la decisión por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación, la innominada o genérica y la no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad de orden público.

¹ Archivo 04 subsanación. Expediente Digital

² Archivo 7 fs- 4-13 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de febrero de 2023 (archivos 13), declaró que la señora ROSALÍA CARRIAZO DE LARA es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite del causante ANTONIO LARA RODRÍGUEZ a partir del 11 de abril de 2016 en porcentaje equivalente al 100% que éste devengaba y por 14 mesada anuales. Condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión en los términos antes mencionados, con los sucesivos incrementos anuales. Declaró probada la excepción de prescripción para las mesadas causadas con anterioridad al 15 de abril de 2018 y pagar un retroactivo de \$100.977.262 liquidado al 30 de enero de 2023. No impuso condena en costas

Como fundamentos de su decisión, manifestó que el pensionado falleció el 10 de abril de 2016 y que contrajo matrimonio con la demandante el 6 de agosto de 1976 y que la negativa al reconocimiento pensional conforme a las resoluciones allegadas fue por no haber acreditado el requisito de convivencia. Señaló respecto a la convivencia de la demandante con el pensionado que conforme al testimonio de la hija existió convivencia entre ellos, pues si bien la separación de bienes se dio entre 1995-96 debido a la enfermedad de su padre y el traslado de éste al municipio de Lérida a un lugar donde residía con el tío y luego a otros lugares, era necesario tener en cuenta que la convivencia permanente fue desde 1976 hasta 1996.

Al encontrar la convivencia con la cónyuge por más de 5 años en cualquier tiempo, accedió al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en porcentaje del 100% que devengaba el pensionado, a partir del 11 de abril de 2016 por catorce mesadas en cuantía inicial de \$1.411.694 conforme al art. 48 Ley 100 de 1993, liquidó el retroactivo hasta el 15 de enero de 2023.

Respecto a la excepción de prescripción indicó que desde la fecha en que fue resuelto el recurso interpuesto contra la Resolución que negó la prestación y la fecha en que se presentó la demanda (16 de abril de 2021) transcurrió el término prescriptivo y por tanto prosperaba la prescripción para las mesadas causadas con anterioridad al 16 de abril de 2018 y determinó el valor del retroactivo conforme al cuadro que anexó a la sentencia. No condenó en costas a COLPENSIONES por cuanto el reconocimiento de la pensión se

suspendió con fundamento en la controversia presentada en el expediente administrativo y ordenó la remisión del proceso en consulta a esta Corporación.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que no se comprobó la convivencia de la demandante con el pensionado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del causante art. 47 Ley 100 de 1993, art. 12 ley 797 de 2003. Que conforme a la jurisprudencia la convivencia superior a 5 años en cualquier tiempo obliga a COLPENSIONES a reconocer la pensión de sobrevivientes, por lo que solicita se aplique la norma que exige la convivencia del causante hasta su muerte y no por un tiempo menor de 5 años antes del fallecimiento. Señaló que en el presente caso existió separación de cuerpos desde 1995, por lo que transcurrieron más de 18 años sin convivencia ni permanencia en la relación por lo que la demandante no cuenta con el derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada y en revisión de la sentencia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si la demandante cumple

con el requisito de convivencia para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES

Lo primero que se observa por la Sala es que fue agotada en legal forma la reclamación administrativa como se comprueba con la Resolución GNR26617 del 23 de enero de 2017 aportada al proceso, mediante la cual fue negada la prestación a la actora. (fs. 14-17 archivo 04)

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante; que el señor ANTONIO LARA RODRÍGUEZ falleció el 10 de abril de 2016 lo que se encuentra acreditado con el registro de defunción obrante a folio 7 archivo 1, ni la calidad de cónyuge de la demandante, hechos que se concluyen de la Resolución GNR26617 del 23 de enero de 2017 (fs. 14-17 del archivo 04), conforme a la cual se allegó en esa oportunidad ante COLPENSIONES, el registro civil de matrimonio y también se acredita que al señor ANTONIO LARA RODRÍGUEZ se le reconoció pensión mediante la Resolución 126325 del 30 de abril de 2015 en cuantía de \$1.411.694,00.

Reclama la señora ROSALÍA CARRIAZO DE LARA le sea reconocida la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su cónyuge ANTONIO LARA RODRÍGUEZ que acaeció el día 10 de abril de 2016, para lo cual se aplican las normas que regían al momento del fallecimiento del causante (10 de abril de 2016), por lo que, en este caso, las normas que gobiernan la sustitución pensional son las contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

El objeto de la apelación de la parte demandada radica en que no se acreditó el cumplimiento del requisito de convivencia por el periodo de 5 años antes del fallecimiento del pensionado para acceder a esta prestación, por lo que pasa la Sala a analizar las pruebas aportadas al proceso.

No se allegó al proceso prueba documental respecto de la convivencia por lo que se pasa a revisar la prueba testimonial recaudada, de la siguiente manera:

La demandante ROSALÍA CARRIAZO DE LARA manifestó en el interrogatorio de parte que es pensionada de PROTECCIÓN S.A., desde 7 años aproximadamente, conoció a su esposo en 1973 y contrajo matrimonio el 6 de agosto de 1976. Que se él se fue para Lérida por su enfermedad, ella no se fue porque tenía trabajo en Bogotá y necesita los ingresos porque aún no tenía pensión. El hogar lo sostenían de manera compartida. Tuvieron tres hijas de 35, 34 y 29 años, la primera es terapeuta ocupacional, la segunda hija estudio comunicación social, pero en este momento hace un emprendimiento y la tercera es psicóloga, pero se dedica a las artesanías. Que su esposo venía enfermo en los últimos meses por los riñones y murió el 10 de abril de 2016. El último domicilio juntos fue donde ella vive actualmente. Que hicieron liquidación de la sociedad conyugal en el año 1997 más o menos, para evitar los problemas judiciales pues no tenían sino el apartamento que quedó a nombre de las hijas y de ella, porque pensaban que él no iba a vivir mucho. No hicieron divorcio. Que el señor Antonio Lara cumplía años el 14 de junio y durante su vida laboro en Catastro y en Teléfonos de Bogotá, se pensionó por invalidez. Las exequias se hicieron en Teusaquillo en la Iglesia de Santa Ana y lo cremaron para luego llevarlo al cementerio. Vivió con el causante en varios lugares en arriendo, en El Tunal, en Madelena, en otro lugar cerca a Villa Luz, en Tenjo y en el Barrio Modelo en Bogotá donde estaban cerca de sus padres. Dice que en Lérida él vivió en varios lugares (2013-2016) ella viajaba los fines de semana, primero él vivía en un apartamento de un hermano de él y luego trabajaba en un hogar para ancianos y allí mismo vivía y luego en otro apartamento más grande. Respecto a lo relacionado con su ropa y alimentación dijo que él pagaba la alimentación y la ropa la mandaba a lavar. Que ella y la hermana de él cuando se enfermó lo llevaron de Lérida a La Dorada (15 o 20 días) y luego para Bogotá donde falleció (3 días). Los gastos del funeral los cubrió un seguro que él tenía, para lo que ella hizo los trámites y la ayudó su cuñada.

La testigo JUDITH LARA CARRIAZO, hija de la pareja, dijo ser comunicadora social, que su padre se fue para Lérída porque el frío le afectaba para su salud y su tío le propuso que compartieran el apartamento. Todo se habló en familia buscando la posibilidad de que él estuviera mejor, cree que fue en el año 1995-96 más o menos. Después volvió a Bogotá y estuvo un tiempo aquí (2000), pero se devolvió porque la enfermedad era degenerativa. Respecto a la propiedad del apartamento dijo que lo hicieron para que su papá estuviera tranquilo para que fuera como un patrimonio familiar. Era para hacer una separación de bienes en vida para que él se fuera a Lérída tranquilo. La mamá viajaba casi todos los fines de semana a Lérída porque ella trabajaba como profesora. Ellas iban en vacaciones. El papá tenía 64 años cuando falleció y estaba pensionado por invalidez. Él no tenía otros hijos fuera del matrimonio. Él vivió en el apartamento con su tío, luego se fue para un hogar geriátrico donde trabajaba en temas administrativos y su pago era la vivienda y por último vivía en un apartamento donde había una bodega que él cuidaba. Que cuando él se fue ya los hijos eran independientes y ellas les ayudaban con los gastos en Lérída porque ellos aún no estaban pensionados. Sobre los cuidados en la enfermedad dice que pagaban para que le lavaran la ropa o le hicieran la comida. Ellas iban en las vacaciones y la mamá iba los fines de semana.

Para resolver se tendrá en cuenta que el contrato matrimonial, incorpora derechos y obligaciones que subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, mientras que la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico que alude a una sociedad patrimonial o de bienes, por lo que no es procedente analizar el derecho a la pensión de sobrevivientes en atención a la permanencia de la sociedad conyugal o de bienes, respecto de lo cual si bien no se aportó prueba documental, si fue manifestado por la actora y la testigo, su hija, que ello se dio para evitar los trámites cuando él falleciera y que el pensionado se fue a Lérída porque el clima le favorecía a su enfermedad.

Así las cosas, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL1399-2018, reiterada en las SL5141-2019, SL1869-2020 y SL3938-2020, se explicó lo siguiente:

"Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.º hace referencia a «sociedad anterior conyugal» y, en el tercero, a «unión conyugal», fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos:

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la "unión conyugal" y la restante con la de la "sociedad conyugal vigente". Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.

Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que "los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida", y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado.

Así, por ejemplo, en sentencia C-533 de 2000, la Corte Constitucional abordó la naturaleza del matrimonio, y en torno al punto que aquí interesa estimó:

"(...) el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas (...) En el matrimonio (...) las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia".

Por demás, es el propio artículo 42 de la Constitución Política el que señala que "los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil", y si a ello se suma la voluntad del legislador de proteger la "unión conyugal" a la que hizo referencia la norma que aquí se discute, no sería propio negar el otorgamiento de la prestación cuando la sociedad conyugal esté disuelta, pero exista el verdadero vínculo jurídico, máxime cuando en este evento, el propio Ramón Antonio Castrillon Uribe, en desarrollo de sus obligaciones de socorro y ayuda mutua, previó el tema pensional e incorporó en la cláusula atrás transcrita su deseo de prodigar amparo, a quien convivió con él por más de 20 años.

La anterior interpretación la ratificó la Corte en la sentencia SL3377 de 2021, oportunidad en que señaló que el matrimonio *"posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales"*, mientras que la sociedad conyugal alude a una sociedad patrimonial o de bienes, por lo que no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la vigencia de la sociedad conyugal o de bienes, sino a la vigencia del contrato matrimonial y en éste caso lo que se indicó en los testimonios es que existió una liquidación de la sociedad conyugal y no una separación de cuerpos que extingue el deber de cohabitación, por lo que la liquidación de la sociedad conyugal no es un obstáculo para que la cónyuge pueda acceder a la prestación, pues con ello no se extinguieron los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales subsisten hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial.

En Sentencia SL-359 de 2021 la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

Por tanto, el Ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun

separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299- 2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399- 2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232- 2019 y CSJ SL4047-2019.

Adicional a lo anterior, y respecto a que el pensionado se fue a vivir a Lérída (Tolima) se debe tener en cuenta que la sentencia SL-1130 de 2022 indicó lo siguiente:

«la convivencia no hace referencia simplemente al hecho de la comunidad de habitación, sino a la necesidad de que entre los cónyuges se mantenga una relación afectiva y sentimental, estos es una comunidad marital donde se enlacen el afecto el respeto y la ayuda mutuas», razón por la cual «en ciertos momentos dicha convivencia podía verse interrumpida temporalmente por razones distintas a la terminación de la vida en pareja».

En el caso bajo estudio, es claro que la demandante visitaba a su esposo cada ocho días, por cuanto ella trabajaba como profesora en Bogotá y aún ninguno de los dos había obtenido la pensión y acompañó a su cónyuge durante sus últimos tiempos de vida, ya que le prestó socorro y apoyo en el momento en que estuvo hospitalizado, pues lo trasladó de la ciudad de Lérída a La Dorada donde estuvo 15 días y posteriormente a Bogotá, donde finalmente falleció; por lo que debe decirse que compartieron lo propio de una vida marital, se mantuvo una relación afectiva y sentimental y la ayuda mutua, razón por la cual conforme a la jurisprudencia citada, podía verse interrumpida temporalmente la convivencia por razones distintas a la terminación de la vida en pareja. En este orden de ideas, el acervo probatorio analizado permite llegar al convencimiento de la existencia de la convivencia de la referida pareja, razón por la que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en la forma declara por el A-quo.

En cuanto a la prescripción, es claro que, al haberse negado la prestación el 23 de enero de 2017 y haberse presentado la demanda el 16 de abril de 2021, conforme al acta de reparto vista en el archivo 01, la prescripción surtió

sus efectos para las mesadas pensionales causadas antes del 16 de abril de 2018, como se indicó en la sentencia de primera instancia.

Igualmente se procedió a revisar la liquidación de las mesadas pensionales no prescritas a fin de determinar el valor del retroactivo, el cual se encuentra liquidado en legal forma, razones por las que se confirmará la decisión de primera instancia.

Costas de esta instancia a cargo de COLPENSIONES. 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,

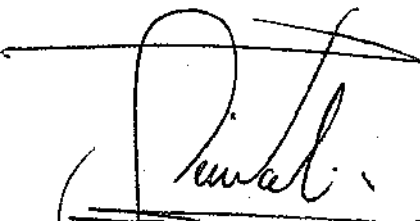
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 15 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

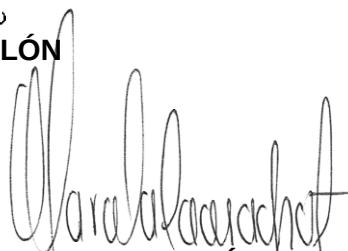
SEGUNDO: Costas de esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho 1 SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR 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:	11001-31-05-047-2019-00096-01
DEMANDANTE:	CONSUELO ALZATE RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	CRUZ BLANCA EPS S.A., INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO- GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LIQUIDACIÓN, ATEP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 5 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo 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 presentado por las partes contra la sentencia del 5 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CONSUELO ALZATE RODRÍGUEZ** contra **CRUZ BLANCA EPS S.A, (ATEP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S)**, INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LIQUIDACIÓN, con radicado No. **11001-31-05-037-2019-00096-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción pretende se declare que entre la demandante CONSUELO ALZATE RODRÍGUEZ y CRUZ BLANCA EPS S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de agosto de 2000 y el 31 de agosto de 2016 y que la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN fue un simple intermediario.

Solicita en síntesis se condene a las demandadas a pagar a la actora las primas de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías causados durante la relación laboral, la indemnización por despido sin justa causa, la bonificación por terminación de la relación laboral sin justa causa, sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización contenida en el artículo 65 del C.S.T., los intereses de mora, 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 la demandante suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa CRUZ BLANCA EPS S.A. para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería en el Centro Médico Cruz Blanca de la Avenida 1º de mayo hasta el año 2005; contrato respecto del cual, suscribió otrosí en el que se reconocía una bonificación en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo.

El 31 de marzo de 2005 la demandada CRUZ BLANCA EPS S.A. cedió el contrato de trabajo a la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN; y desde entonces hasta el 2011 prestó sus servicios en el Centro Médico de Héroes Cruz Blanca; a partir del 2012 y hasta el 2016 en la Central de Especialistas CAU de la Avenida 68, cumpliendo un horario de trabajo y cumpliendo órdenes de sus superiores jerárquicos.

Que la última asignación fue la suma de \$824.000 más auxilio de transporte por \$77.700 y la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN dio por terminado el contrato de trabajo sin

¹ Fs. 1-43 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

justa causa el 1º de agosto de 2016, con el argumento de no contar con ninguna empresa cliente para mantener el puesto de trabajo.

El 18 de octubre de 2018 la demandante envió derecho de petición a CRUZ BLANCA solicitando el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones, con lo que interrumpió el término prescriptivo, lo que reiteró el 9 de noviembre de 2018, respondido mediante comunicación del 3 de diciembre de 2018 por medio del cual le manifestaron que no existía vínculo laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **CRUZ BLANCA EPS S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda, aceptó lo hechos relacionados con la vinculación inicial, el otrosí suscrito con la demandante, el cargo desempeñado, el salario, la cesión del contrato de trabajo y la reclamación presentada por la actora, así como la respuesta dada por la EPS demandada; negó o manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepción previa la de prescripción y como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, pago, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica.

Ordenado el emplazamiento de la demandada INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN, mediante auto del 9 de marzo de 2021 (archivo 14) se le designó curador ad-litem quien una vez notificado contestó la demanda (archivo 19), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos indicó que no le constan y propuso como excepción de fondo la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 11 de octubre de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante CONSUELO ALZATE RODRÍGUEZ en calidad de trabajadora y CRUZ BLANCA EPS S.A. en calidad de empleadora, desde el 01 de agosto del año 2000 hasta el 31 de agosto de 2016. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 18 de octubre de 2015 y no probadas las demás

² Fs. 1-29 Archivo 11 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

excepciones propuestas. Condenó a la ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S en calidad de mandataria y representante de CRUZ BLANCA EPS S.A. en virtud de los términos suscritos en el poder suscrito entre ellas, y solidariamente responsable a la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a favor de la demandante señora CONSUELO ALZATE RODRÍGUEZ los siguientes conceptos:

- a. Por concepto de auxilios de cesantías la suma de \$1.361.250.
- b. Por concepto de intereses sobre las cesantías la suma de \$78.962.
- c. Por concepto de primas de servicio la suma de \$1.180.208.
- d. Por concepto de vacaciones la suma de \$354.063.
- e. Por concepto de indemnización por despido la suma de \$6.556.000.
- f. Por auxilio económico por mera liberalidad por despido la suma de \$315.690.
- g. Por concepto de sanción por no consignación de las cesantías la suma de \$ 11.372.500.
- h. Los intereses moratorios sobre los valores adeudado por concepto de prestaciones sociales causados a partir de su exigibilidad y hasta el momento que se realice el pago de la obligación en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Condenó en costas a las demandadas en favor de la demandante.

Resolvió en la audiencia, previamente, la nulidad propuesta por la demandada CRUZ BLANCA EPS S.A. con fundamento en la liquidación de la entidad, sobre lo que indicó que debido a ello existía falta de capacidad para comparecer al proceso; sin embargo, como se confirió poder mediante escritura pública a la empresa ATEP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S, para representarla en calidad de demandada en los procesos que cursaban ante autoridades judiciales iniciadas con anterioridad a la liquidación de CRUZ BLANCA EPS S.A., no decretó la nulidad invocada y ordenó vincular a ATEP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. como sucesora procesal.

Como fundamentos de la sentencia, manifestó que no fue objeto de discusión la existencia de la vinculación de la demandante con CRUZ BLANCA EPS S.A, y la cesión del contrato a la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN, lo que además fue acreditado con el contrato de trabajo y la cesión el 31 de marzo de 2005 en la que se pactó de manera expresa que a partir del 1º de abril de 2005 conservaba la demandante su antigüedad. Además, se encontraba acreditada la prestación del servicio por parte

de la actora de manera directa en las instalaciones y bajo las órdenes de los superiores de CRUZ BLANCA EPS S.A.

En cuanto a la legalidad del contrato de cesión, señaló que conforme a la jurisprudencia, para que la cesión de contrato sea válida teniendo en cuenta la evolución en la relación laboral, requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, como el consentimiento pleno del trabajador lo que advirtió, se cumplió con la suscripción del documento por parte de la demandante; sin embargo, consideró que la cesión fue solo formal pues la demandante siguió vinculada a CRUZ BLANCA EPS S.A.S., toda vez que los jefes eran los de la EPS quienes direccionaban los servicios de la demandante y cumplía sus labores en las sedes de la EPS, sin modificaciones en la prestación del servicio y la estructura física fue siempre la misma. Conforme a las pruebas recaudadas, el personal vinculado estaba sometido a los coordinadores de CRUZ BLANCA y dicha EPS era quien regía la Cooperativa. Además, las actividades contratadas eran propias de la EPS y sus servicios personales beneficiaban directamente a CRUZ BLANCA EPS S.A.S., sin que se desvirtuara la dependencia de la Cooperativa frente a la demandada CRUZ BLANCA EPS, pues reiteró que la Cooperativa no contaba con infraestructura física.

Conforme a ello declaró que entre CRUZ BLANCA EPS S.A.S., y la demandante existió un contrato de trabajo y al tener en cuenta que se suscribió el contrato de mandato con ATEP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. para la liquidación de la entidad, señaló que las condenas impuestas serían canceladas por la mandataria ATEP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S con cargo a los activos y remanentes que se discuten judicialmente, en calidad de sucesora procesal. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción para las acreencias laborales causadas antes del 18 de octubre de 2015 y no probadas las demás excepciones. Condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada representada por ATEP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. sucesora procesal, recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que no está de acuerdo con la decisión del A-quo de no aceptar la cesión del contrato, ya que las partes fueron claras y la demandante conocía todas las condiciones del contrato de cesión y ahora pretende pagos que le fueron hechos por la Cooperativa que era su verdadero empleador desde el año 2005, y como se dijo en la contestación de la demanda, se aceptó que laboró hasta

el año 2005 y a partir de ese momento, pasó a laborar con la IA Cooperativa que es una persona jurídica diferente a CRUZ BLANCA EPS S.A. quien le hizo el pago de las obligaciones surgidas, por lo que considera que no proceden las condenas desde el año 2000 pues la relación con la EPS finalizó en el año 2005.

Manifiesta que no se intentó una tercerización, pues durante más de 11 años la IA Cooperativa tuvo la capacidad para ser empleadora de la demandante y no se creó como una figura para eludir obligaciones laborales por lo que el empleador verdadero después del 2005 fue la Cooperativa. Además, que solo puede responder por los dineros conforme al mandato.

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 fue válida la cesión del contrato de trabajo celebrado entre CRUZ BLANCA EPS S.A. y la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO- GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LIQUIDACIÓN, para conforme a ello establecer cual de las dos demandadas fue el verdadero empleador de la demandante.

CONSIDERACIONES

Lo primero a tenerse en cuenta en el caso bajo estudio, es que no es materia de debate dentro del presente asunto la existencia del contrato de trabajo. el cargo desempeñado, el tiempo de servicios, ni la cesión del contrato, por lo que se procede al estudio de la inconformidad planteada por la parte demandada en

representación de CRUZ BLANCA EPS S.A, que hace relación en forma específica a la validez de la cesión del contrato de trabajo celebrado con la demandante.

La figura de la cesión del contrato de trabajo no se encuentra regulada en el C.S.T.; la que se regula es la sustitución patronal, conforme al artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: *“se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”*. Por su parte el art. 68 del CST, aclara que la sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

En sentencia SL 3001-2020 radicación No. 47613 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que el cambio de empleador supone que, en virtud de un acto, el empresario cedente transfiera al cesionario bienes susceptibles de explotación económica, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado, es decir que la sucesión de empresas supone el traspaso de un conjunto de medios organizados susceptibles de permitir la continuación de la actividad económica correspondiente. Por consiguiente, la mera transmisión de la actividad, sin que esté acompañada del traspaso de los medios de producción o de la organización empresarial, no configura una sustitución de empleadores.

La mencionada sentencia SL3001 de 2020 señaló al respecto lo siguiente:

“Adicionalmente, este cambio de empleador supone que, en virtud de un acto, el empresario cedente transfiere al cesionario bienes susceptibles de explotación económica, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado. Dicho de otra forma, la sucesión de empresa supone el traspaso de un conjunto de medios organizados susceptibles de permitir la continuación de la actividad económica correspondiente. Por consiguiente, la mera transmisión de la actividad, sin que esté acompañada del traspaso de los medios de producción o de la organización empresarial, no configura una sustitución de empleadores.

Precisamente en este aspecto reside la diferencia entre la tercerización laboral y la sustitución de empleadores. En la primera, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un

traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede reversar la actividad cedida o delegarla en otro contratista.

En cambio, en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se transfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido.

En este caso, es claro que la operación realizada por la Universidad Santo Tomás es propia de la tercerización laboral y no de la sustitución patronal, en la medida que lo que hizo fue desprenderse de una actividad que antes ejecutaba directamente para entregársela a un tercero, es decir, externalizó o exteriorizó una gestión sin transferencia de establecimiento...”

Como pruebas allegadas al proceso se tiene el contrato de trabajo y modificaciones suscritas entre la demandante CONSUELO ALZATE RODRÍGUEZ y CRUZ BLANCA EPS S.A. que obran a folios 69 a 78, respecto de lo cual se reitera, no existió controversia alguna.

La cesión del contrato obra a folios 79 a 82 y se encuentra suscrita tanto por CRUZ BLANCA EPS S.A. y la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN como por la trabajadora demandante, en dicho contrato se indica como objeto del contrato la cesión a partir del 1º de abril de 2005 de la “totalidad de las relaciones derivadas del contrato de trabajo”, sin hacer mención alguna a la transferencia de las estructuras y elementos organizativos necesarios para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado, por lo que únicamente cedió las actividades que antes ejecutaba la trabajadora para que a partir de esa fecha las ejecutara a través de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA BOGOTÁ EN LIQUIDACIÓN.

La demandante en el interrogatorio de parte manifestó que en el 2005 les indicaron que seguirían conservando la antigüedad y que se cambiaba la razón social del empleador, pero seguirían igual en lo demás; ella firmó porque seguían las mismas prebendas y conservaba la antigüedad. Les hacían llegar los contratos a las oficinas y todos firmaban porque les dijeron que no había ningún

inconveniente, sino que necesitaban cambiar la razón social porque no podían figurar como empleadores. Que ella no presentó reclamación con posterioridad al 2005, porque todo seguía igual en el desempeño de la labor y el pago de las acreencias laborales hasta los últimos dos años que no consignaron las cesantías.

La testigo ANGÉLICA MARÍA ESTEBAN VARGAS, compañera de trabajo de la actora desde el 1º de marzo del 2000 manifestó que trabajaron juntas en CRUZ BLANCA EPS S.A., ella estaba en el área administrativa y la actora como enfermera, manifestó que tenían contrato a término indefinido al que se hicieron modificaciones; la declarante salió en el 2008 o 2009. Dijo que la demandante estaba como auxiliar de enfermería en la sede de la 1º de mayo de 2000-2002, luego en el centro médico de Américas donde también laboraron juntas y luego en el Centro Médico de la 80 cumpliendo la misma función, se veían ocasionalmente porque ella (la declarante) hacía relevos para esa época y después en la Sede de la 13, ella estaba en especialistas. Cree que la demandante tenía contrato a término indefinido, pero sabe que tuvo modificaciones, aunque no las conoció, el empleador fue CRUZ BLANCA EPS S.A, pero tenían otras empresas. Dice que las órdenes las daban los Coordinadores médicos de CRUZ BLANCA EPS S.A. de cada sede a las jefes de enfermería y ellas a los empleados. No sabe el nombre de las otras empresas, pero dice que todas eran lo mismo que CRUZ BLANCA EPS S.A., porque eran los mismos jefes independientemente del vínculo con alguna de ellas, los jefes estaban vinculados a CRUZ BLANCA EPS S.A., aunque nunca vio los contratos, pero la sede, la estructura y las oficinas eran las mismas para todas. Conoce que pasaban a los trabajadores a las diferentes cooperativas que manejaba CRUZ BLANCA EPS S.A.

NANCY ROCÍO AGUILAR VALDERRAMA compañera de trabajo de la demandante en CRUZ BLANCA EPS S.A., manifiesta que fue más o menos entre 2005 al 2017, estuvieron juntas en distintas sedes y en la Sede de la 68 entre 2014-2016 o 2017. Respecto a la demandante manifestó que ella estaba directamente vinculada con CRUZ BLANCA EPS S.A. con contrato indefinido cuando ella la conoció, era auxiliar de enfermería, no conoce las modificaciones del contrato, pero sabe que era de las antiguas que estaban con CRUZ BLANCA EPS S.A., no sabe que diferencia existía con las otras empresas y conoce que se celebraban contratos con distintas empresas; las ordenes las impartía la auxiliar administrativa, y el coordinador médico de la EPS, todos recibían las mismas órdenes aunque estuvieran vinculados con diferentes empresas, cree que salió porque la EPS se acabó. Para ellas era igual CRUZ BLANCA EPS que las otras empresas, porque

ellas le prestaban el personal a la EPS para que funcionara.

Así las cosas, es claro que la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GPP CRUZ BLANCA, no daba las órdenes a la trabajadora, y tampoco tenía estructuras propias, pues conforme a las declarantes las oficinas eran las mismas de CRUZ BLANCA, como tampoco contaba con los elementos organizativos necesarios para cumplir las labores, por el contrario está demostrado que suministraba el personal a CRUZ BLANCA EPS S.A. para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos por ella al mercado, por lo que en el contrato de cesión claramente se expresó que cedía la *“totalidad de las relaciones derivadas del contrato de trabajo”*, y si bien fue suscrito por la demandante, ello se dio únicamente para mantener la continuidad en la prestación del servicio, pues su objetivo fue ceder las actividades que antes ejecutaba la trabajadora para CRUZ BLANCA EPS S.A. y en consecuencia, se trató de una tercerización laboral y no de una cesión o sustitución patronal, por lo que ETP SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S., deberá efectuar el pago de las condenas impuestas en primera instancia con los dineros que le fueron entregados para atender las providencias judiciales como la que es objeto de recurso y que se encontraban en trámite al momento en que se liquidó la entidad (2022) conforme al poder que le fue otorgado por CRUZ BLANCA EPS S.A.

Acorde con las consideraciones hasta aquí expuestas, no le asiste razón a la parte recurrente y en consecuencia se confirmará en todas sus partes la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

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

RESUELVE:

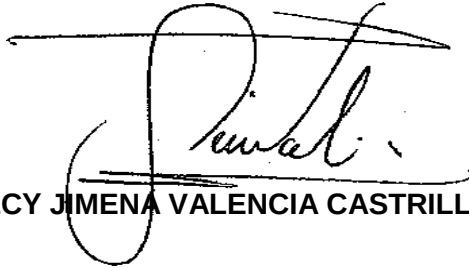
PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia del 5 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-038-2016-00930-01
DEMANDANTE:	EPS SANITAS S.A.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 7 de junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	
DECISIÓN:	

Hoy, diecinueve (19) de mayo 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 EPS SANITAS S,A, respecto de la sentencia del 7 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EPS SANITAS S.A.** contra **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES** con radicado No. **11001-31-05-038-2016-00930-01**.

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

DEMANDA¹

La entidad promotora de la presente acción pretende se declare la responsabilidad de la **NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** en la causación de los perjuicios en la modalidad de daño emergente, con ocasión al daño antijurídico derivado del rechazo infundado de **CIENTO OCHO (108)** recobros, como consecuencia de lo anterior se condene al pago de la suma de \$19.231.700 correspondientes a los recobros rechazados, de igual forma al pago de la suma de \$1.923.170 por conceptos de gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS, al pago de intereses moratorios sobre las sumas solicitadas entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro y al pago efectivo de su importe, aparejado con costas procesales.

Como pretensión subsidiaria, ruega que en el caso de no proceder los intereses moratorios proceda la actualización de las sumas reconocidas, desde la fecha en que se venció el plazo para efectuar su pago hasta la fecha en que se efectuó el pago.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que autorizó y cubrió la prestación de los servicios, medicamentos, insumos, procedimientos, los cuales no están incluidos entre los beneficios del Plan Obligatorio de Salud (POS) a diferentes usuarios.

Adujo, que la cobertura de servicios, medicamentos, insumos, procedimientos, tuvo como fundamento diversas órdenes dadas en decisiones tomadas en el trámite de acciones de tutela y/o decisiones del Comité Técnico Científico, que una vez prestados dichos servicios, las Instituciones Prestadoras de Servicios radicaron ante la E.P.S SANITAS S.A. las correspondientes facturas de venta de servicios, acompañadas de los soportes

¹ Folios 2 al 19 C1 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

que acreditaban la efectiva prestación del servicio para efectos de su cancelación.

Indicó que debido a que los servicios no se encontraban incluidos en el POS, procedió a elevar su reclamación al administrador del encargo fiduciario del FOSYGA según los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico.

Agregó que la radicación se realizó mediante el diligenciamiento de los formatos de radicación de solicitudes establecidos por el entonces Ministerio de la Protección Social para el efecto: MYT 02 (Formato de solicitud de recobro, ordenadas por fallo de tutela y/o Actas del Comité Técnico Científico).

Que la entidad accionada rechazó los recobros reclamados bajo el fundamento que las fechas de solicitud del médico tratante, autorización y/o prestación no son consistentes, inconforme con las resultas objetó las negaciones a través del Formato MYT 04, efectuando las aclaraciones o correcciones correspondientes respecto a las presuntas fallas detectadas por la auditoria.

Por último, señaló que con la negativa de la entidad accionada de cancelar los recobros ocasionan un desgaste económico relacionado con la gestión de los servicios enunciados, debiendo contar con una estructura administrativa superior para efectos de lograr su atención, gastos que no fueron previstos por la E.P.S y que generan un perjuicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES.

La demandada a través de apoderada judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que los recobros sobre los cuales edifica su demanda no cumplieron con los requisitos normativamente establecidos y por tanto no es dable que en vía administrativa, o inclusive en vía judicial, se

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

disponga el pago y la erogación de recursos públicos destinados a la salud, para una entidad que no satisfizo los lineamientos que rigen los recobros para el reconocimiento y pago de medicamentos, insumos o tecnologías NO PBS.

Señaló que al momento de trámite de auditoría integral se encontró que los recobros fueron aprobados para su pago y solo están sujetos a la verificación del pago. Por tanto, de aceptarse las pretensiones de la demanda implicaría un doble pago que ocasionaría un detrimento al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Frente a los hechos, señaló que no le consta que los servicios, medicamentos, procedimientos e insumos de que trata la parte actora en este hecho hayan sido con fundamento en órdenes dadas en el trámite de acciones de tutela, pues verificado el apoyo técnico se pudo evidenciar que la EPS presentó recobros únicamente con formato MYTO1, que corresponde a autorizaciones del Comité Técnico Científico.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, pago de la obligación, inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de intereses moratorios, la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de junio de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas como la E.P.S SANITAS, a ésta última la gravó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el Juez de primera instancia que, la Ley 100 de 1993 regula el Sistema de Seguridad Social en Salud y en su artículo 182 establece que por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), el Sistema reconocerá a cada EPS un valor per cápita que se denominará Unidad

de Pago por Capitación UPC. Por lo tanto, le corresponde a la EPS garantizar la prestación de servicios de salud de manera integral a sus afiliados y en aquellos eventos que los servicios de salud no están incluidos en el POS tienen la posibilidad de recuperar dichos costos con cargo al FOSYGA, empero la solicitud de reintegro debe cumplir los requisitos previstos en la normatividad reguladora del procedimiento de recobros, y que para la fecha de la solicitud se debe acoger a lo establecido en el artículo 15 del Decreto Ley 1281 del 2002.

Indicó que en atención a lo señalado en el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002, las cuentas presentadas por las EPS no podrán ser condicionadas a requisitos distintos de los establecidos por la Ley, que las glosas o inconformidades no resueltas por parte de los prestadores de servicios de salud para el pago de recobros no conllevan al pago de intereses ni de otras sanciones pecuniarias, sin embargo, si las glosas resultaran infundadas el prestador servicio tendría derecho al reconocimiento de intereses desde la fecha de prestación de la factura, reclamación o de cuenta de cobro, siempre y cuando se presenten a más tardar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de la prestación de servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas.

Explicó, que si bien la EPS reclamó ante la entidad administrativa respectiva el recobro del reembolso de los valores atendiendo las glosas que le fueron impuestas, en su entender no es viable modificar el concepto para generar una indemnización o reconocimiento indemnizatorio que no tiene cabida toda vez que no acudió ante la jurisdicción competente dentro del término de caducidad establecido en el Código Contencioso Administrativo. En conclusión, señaló que no es dable que la E.P.S. alegue la configuración de un daño que se origina al presentar recobros sin haber adelantado las acciones judiciales dentro del término de caducidad pertinente para obtener los pagos respectivos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ENTIDAD DEMANDANTE**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que la demanda esta dirigida al reconocimiento de perjuicios por la negativa de ADRES de efectuar los respectivos pagos de recobros por los servicios médicos que no se encontraban dentro del POS, agregó que conforme al dictamen pericial se advierte que las glosas o reparos no fueron debidamente impuestos por la pasiva, motivo suficiente por el cual proceden el reconocimiento judicial con las respectiva sanciones ya sea que se indexen las sumas reconocidas o el pago de intereses moratorios.

Puntualizó, que se equivoco el Juez al desconocer las normas propias que rigen los procesos laborales como es la figura de la prescripción, aplicando normas de otros códigos creando mixturas no aplicables para esta clase de procesos como es la caducidad. Por tanto, solicita la revocatoria integra de la sentencia para en su lugar que salgan avante las pretensiones formuladas.

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

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

resolver en el *sub lite*, determinar si los servicios de salud que prestó la demandante a sus afiliados, corresponden a insumos y procedimientos no incluidos en el POS para la época de la prestación del servicio; en cuyo caso afirmativo, se determinará si había lugar a la prestación de tales servicios en el marco del sistema general de seguridad social en salud, y en consecuencia, si es procedente el reconocimiento y pago de los mismos a cargo del demandado, además de los intereses moratorios y los gastos de administración reclamados.

CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Sala de Decisión procese a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que no ha sido objeto de discusión en este asunto que la EPS Sanitas S.A., garantizó y autorizó los servicios de salud requeridos por sus afiliados, de acuerdo con lo dispuesto por el Comité Técnico Científico, los cuales asegura no estaban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que elevó las cuentas de cobro respectivas al Ministerio demandado hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, tal como fuere aceptado por la demandada en los hechos 7 y 8 de la contestación, al señalar que en efecto la actora radicó 108 recobros que corresponden a las autorizaciones del Comité Técnico Científico.

La Ley 100 de 1993, en su Art. 162, estableció que *“El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”*.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Conforme a lo anterior, el Plan de Obligatorio de Salud constituye una serie de parámetros o premisas que debían atender las EPS de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en el Acuerdo 029 de 2011, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso.

En el literal f). del Art. 156 de la Ley 100 de 1993, se establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS, se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS, deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, conforme al procedimiento previsto en las Resoluciones 03099 de 2008, 458, 3877 y 5395 de 2013, vigentes para la fecha en la que se efectuaron los respectivos trámites de recobros.

De acuerdo con lo anterior, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el POS, en dos eventos: 1. Cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela; y, 2. Cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o CTC, conforme al procedimiento y limitantes que se establecen para tal aprobación.

Igualmente, valga la pena traer a colación lo discurrido en la sentencia SL1227-2021, en la que esgrime la normatividad aplicable en esta materia, indicando inicialmente que de conformidad con el artículo 218 y 219 de la ley 100 de 1993 el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, hoy ADRES (Ley 1753 de 2015), cuenta con 4 subcuentas independientes, entre estas, la que conlleva a asumir los riesgos de promoción de la salud.

Adicionalmente, trae a la palestra la sentencia T-760 de 2008 para decir que el procedimiento para el recobro debe ser claro, preciso, y ágil, y define el recobro como:

“Ese derecho al recobro surge, por tratarse de un pago realizado por la EPS al que no se encuentra obligado ni legal ni reglamentariamente, y que le acarrearía la falta de flujo en los recursos y por ende, afectación en la sostenibilidad financiera, ya que los dineros que recibe a título de Unidad de Pago por Capitación - UPC, que es el valor per cápita que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, deben destinarse exclusivamente a costear los servicios de ese plan -POS-. Así, es al Estado, como garante del goce efectivo del derecho a la salud, a quien le corresponde reembolsar los valores gastados por las EPS por conceptos ajenos al POS, con la finalidad de que se garantice la prestación ininterrumpida del servicio a sus afiliados y usuarios”.

Igualmente, trae a colación lo establecido en el Decreto 1281 de 2002, artículo 7°, que establece:

“Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios. (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, con fundamento en lo dicho y en aplicación del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C. de P. C., hoy 167 del C. G. del P, es la parte demandante quien, atendiendo al postulado *onus probandi*, debe demostrar que los servicios de salud fueron efectivamente prestados y que además se llevó a cabo el cobro respectivo ante el FOSYGA, hoy ADRES, y por su parte la demandada, corre con la carga probatoria de demostrar que no hubo prestación del servicio o que existiendo éste, para su cobro no se ciñó a las reglas dispuestas en la Ley para tal efecto.

De igual forma, es de señalar que contrario a lo concluido por el Juez de primera instancia, los aspectos formales del trámite administrativo del recobro de salud, no son óbice para negar el estudio por la vía judicial, en la

medida en que al no ser posible el reconocimiento y pago a través de la vía administrativa, no queda más que acudir al mecanismo judicial, por lo tanto, lo único que debe entrarse a verificar es si se encuentra acreditada la factura, la prestación del servicio y el trámite general para el recobro, esto es, por ejemplo si las glosas estuvieron fundadas o no, sin embargo, para esta Sala, poco o nada interesa el aspecto de sí el formato de reclamación se diligenció correctamente o no, máxime que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 es claro en disponer que la entidad obligada al pago, *“no podrá condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios”*, lo que significa que la demostración efectiva de la prestación del servicio es lo que verdaderamente interesa en la Litis, pues ello determinará si hay lugar al reembolso de los gastos sufragados por la EPS, con la finalidad de no afectar a los actores del sistema general de seguridad social, y de paso, garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población en general (Decreto 1281 de 2002).

Para determinar si los servicios de salud prestados por la entidad demandante ya se encontraban pagados mediante la UPC por tratarse de servicios POS, o si en su defecto se encontraban excluidos de los servicios contenidos en el Acuerdo 029 de 2011, se hace necesario efectuar las siguientes precisiones.

Esgrime la entidad demandada que las glosas impuestas son fundadas y que por ello no hay lugar a proferir condena, obra en el plenario medio magnético en el que consta el detalle de las glosas presentadas a las facturas objeto de recobro, del que se extrae que la causa común es la siguiente *“las fechas de solicitud del médico tratante, autorización y/o prestación no son consistentes”*.

Es preciso señalar, que de conformidad al Dictamen Pericial No. AGS2019.325.1994DPVF.OPE 26 decretado en la audiencia de que trata el art. 77 del CPT y SSS, señala que las tecnologías de salud objeto de recobro fueron prestadas en el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 2013 al

31 de mayo del mismo año, y que las glosas aducidas por la entidad demandada fueron mal aplicadas. Tal como se advierte en el numeral 4. Denominado «*RESULTADO DEL DICTAMEN PERICIAL Y CONCLUSIONES*» que concluye que los recobros incluidos en la tabla adjuntan al dictamen cumplen a cabalidad con todos los requisitos esenciales para la presentación y reconocimiento, **los cuales están clasificados como NO POS y cuentan con las imágenes completas.**

Así las cosas, los recobros NO POS que deben ser reconocidos por la demandada son los siguientes:

1. En el evento con radicado **101689930**, se trata del medicamento WELLBUTRIN 300MG, en el que solicitó el pago de \$136.987, siendo un antidepresivo que según en vigencia del Acuerdo 029 de 2011 (*que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud*), la tecnología recobrada no se encuentra en el anexo técnico 2, por lo tanto, es NO POS
2. En el caso radicado **101689899**, se solicitó el recobro de \$97.860 por el medicamento VISANNE, que según el Acuerdo 029 de 2011, no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud.
3. En el radicado **101689887**, se suplica el pago de \$189.750 por el medicamento TARKA SR, indicado para adultos con tratamiento de hipertensión esencial y no se encuentra incluido en el POS.
4. En el caso **101689651**, ruega el pago de \$8.962 por el medicamento TRIMEBUTINA, antiinflamatorio que no se encuentra incluido en el Acuerdo 029 de 2011.
5. En los eventos **101689872, 101689872, 101689872**, solicitó el recobro por valor de \$96.810, por el medicamento VASTARELA anti isquémico que no hace parte del Plan Obligatorio de salud.

6. Recobro bajo el radicado **101689862**, por valor de \$209.730, por el medicamento COAPROVELA antihipertensivo aditivo que no se encuentra dentro del anexo técnico 2 del Acuerdo 029 de 2011, esto es, medicamento NO POS.
7. En el evento **101689823** suplicó el recobro por el servicio de AZARGA, medicamento que no se encuentra dentro del listado de los servicios o insumos del Acuerdo 029 de 2011, esto es, el Plan Obligatorio de Salud.
8. En los radicados **101689817, 101689817, 101689817**, suplican el recobro de \$63.570 por el medicamento Atacand o Candesatan para el tratamiento de hipertensión arterial, servicio que no se encuentra dentro del listado de medicamentos POS.
9. En los eventos **101689809, 101689809**, solicitó el pago de \$95.820 por el medicamento ONGLYZAA, es un Inhibidor de DPP-4 muy potente, selectivo, reversible y competitivo. Indicado en adultos con diabetes mellitus tipo 2 como complemento a la dieta y el ejercicio para mejorar el control glucémico. Insumo que no se encuentra dentro del listado contentivo en el Acuerdo 029 de 2011.
10. En el caso **101689745**, se solicitó el pago por \$185.610, por el medicamento HIPERLIPEN es un agente modificador de lípidos del grupo de los fibratos que Induce la reducción de colesterol en plasma y de triglicéridos, insumo que no se encuentra dentro del anexo técnico del POS.
11. En el evento **101689742**, se rogó el pago de \$68.820, por el medicamento Sirdalud contiene el principio activo tizanidina Sirdalud pertenece a un grupo de medicamentos llamados miorrelajantes (medicamentos utilizados para relajar los músculos). Está indicado en el tratamiento de los problemas musculares asociados a problemas de la columna vertebral,

como lumbago y tortícolis intervenciones quirúrgicas, medicamento que no se encuentra dentro del listado POS del Acuerdo 029 de 2011.

12. En el caso **101689741**, suplicó el pago de \$33.155, por el medicamento HERREX FOL JARABE, es un complejo esencialmente iónico, tecnología que no en el anexo técnico 2 por lo que se considera NO POS.
13. En el evento **101689736**, solicitó el pago de \$66.800, por el medicamento GYNODIAN Estradiol, valerianato Prasterona en solución inyectable, insumo que no se considera dentro del listado POS.
14. En el radicado **101689731**, suplicó el pago de \$190.200 por el medicamento Olmetec Medoxomilo, es un antagonista selectivo del receptor de angiotensina II subtipo AT1. Indicado en tratamiento de la hipertensión esencial en adultos, insumo que no se encuentra dentro del listado 029 de 2011.
15. En los eventos de recobros bajo los radicados **101689716**, **101689716**, solicitó el pago de \$175.590 por el medicamento ARTRODAR o Diacerina es un antiinflamatorio y antirreumático no esteroideo que inhibe la producción de interleuquina-1 y disminuye la actividad colagenolítica está indicado para el tratamiento sintomático de artrosis de rodilla y de cadera. Tecnología que no se encuentra dentro del POS.
16. En el caso radicado **101689646**, rogó el pago de \$35.082, por el medicamento ALPHAGAN SOLUCIÓN OFTÁLMICA, está indicado para la disminución de presión intraocular (PIO) en pacientes con glaucoma de ángulo abierto o hipertensión ocular, tecnología que no se encuentra dentro del listado POS.
17. En los eventos **101689767**, **101689767**, suplicó el pago de

\$173.754, por el medicamento de APROVEL 150 MG, medicamento que contiene los principios activos hidroclorotiazida e ibersartan, es la asociación de un antagonista del receptor de angiotensina-II, irbesartan, y un diurético tiazídico, hidroclorotiazida.

18. En el radicado **101689918** solicitó el pago de \$13.665, por el medicamento BEDOYECTA, es una solución inyectable en presentación de jeringa de unidosis, indicada en la prevención y tratamiento de la deficiencia de vitaminas complejo B, cada jeringa contiene: Hidroxocobalamina, Vitamina B1, Vitamina B6. Complemento que no se encuentra dentro del listado número 2 del Acuerdo 029 de 2011.
19. En el caso **101689927** suplicó el pago de \$131.580 por el medicamento metoprolol es un medicamento clasificado como bloqueador del receptor beta 1 selectivo usado en el tratamiento de enfermedades severas del sistema cardiovascular, es cardio selectivo actúa sobre los receptores beta 1 del corazón, insumo que no se encuentra dentro del POS.
20. En el recobro bajo radicado **101689759** solicitó el pago de \$13.820 por el medicamento BIOCALCIUM, ordenado por el Comité Técnico Científico, vitamina que no se encuentra incluida dentro del Acuerdo 029 de 2011.
21. En los eventos de radicados **101689723, 101689720**, solicitó el pago de 127.140, por BONVIVA TABLETAS, ordenado por el CTC, insumo que inhibe la actividad osteoclástica sin influir directamente en la formación de hueso, está indicado en el tratamiento de la osteoporosis posmenopáusica para reducir riesgo de fracturas vertebrales. Prevención de acontecimiento óseos (fracturas patológicas, complicaciones óseas que requieren radioterapia o cirugía) en pacientes con cáncer de

mama y metástasis óseas, medicamento que no hace parte del POS.

22. En el caso **101689918**, solicitó el pago de \$19.715 por la tecnología multivitamínico que contiene 13 vitaminas, 11 minerales y luteína. Está indicado en casos de carencia de vitaminas y minerales, ingestas menores a las requeridas o períodos en que se necesite incrementar las mismas. Suplemento CENTRUM que no hace parte del listado del Acuerdo 029 de 2011.
23. En el evento **101689929**, suplicó el pago de \$113.450 por el medicamento o cosopt contiene los principios activos timolol más dorzolamida que producen Reducción de la PIO en pacientes con glaucoma de ángulo abierto o hipertensión ocular, medicamento ordenado por el CTC y que no se encuentra dentro del POS.
24. En el caso **101689915 y 101689915**, solicitó el pago de \$78.900 por el medicamento COUMADIN, que impide la formación en hígado de factores activos de la coagulación II, VII, IX y X por inhibición de la gamma carboxilación de las proteínas precursoras mediada por vitamina, medicamento ordenado por CTC y no hace parte del Acuerdo 029 de 2011.
25. En los eventos de recobro bajo los radicados **101689923, 101689923 y 101689923**, solicitó el pago de \$144.540 por el medicamento DETRUSITOL 2, ordenado por el CTC, se trata de Tolterodina, antagonista competitivo y específico de los receptores muscarínicos, mostrando una mayor selectividad por la vejiga urinaria que por las glándulas salivales, medicamento que no hace parte dentro del listado del POS.
26. En el caso 101689742, rogó el pago de \$67.230, por el medicamento DIOVAN que es una es una enzima convertidora

que hace que los vasos sanguíneos se estrechen, causando un aumento de la presión arterial, ordenado por el CTC y no hace parte del listado técnico 2 del Acuerdo 029 de 2011.

27. En el evento **101689785**, suplicó el pago de \$12.674 por DORZOLAM, medicamento cosopt contiene los principios activos timolol más dorzolamida que producen Reducción de la PIO en pacientes con glaucoma de ángulo, ordenado por el CTC que no hace parte del Acuerdo 029 de 2011.

28. En el caso **101689634**, solicitó el pago de \$139.200, por el medicamento DRUGTECH, que fue ordenado por el CTC y no hace parte del Acuerdo 029 de 2011.

29. En los eventos **101689898**, **101689717**, solicitó el pago de \$223.158, por el medicamento DUODARTA, que fue ordenado por el CTC y en vigencia del Acuerdo 029 de 2011 no hace parte del Plan Obligatorio de Salud.

30. En los casos **101689622**, **101689622**, **101689622**, suplicó el pago de \$259.710, por el medicamento EFEXORA, que es un inhibidor selectivo de la recaptación de serotonina y noradrenalina (IRSN), relacionado con la potenciación de los neurotransmisores serotonina y noradrenalina en el SNC, está indicado en el tratamiento de la depresión mayor, ordenado por el CTC y no hace parte del POS según el Acuerdo 029 de 2011.

31. En el caso **101689893**, suplicó el pago de \$121.050 por el medicamento EPACO, que se trata de un insumo que contiene EPACOR, aceite de pescado, producto natural usado como coadyuvante en el control de la hipertrigliceridemia e hipercolesterolemia, ordenado por el CTC y no se encuentra dentro del POS.

32. En los eventos radicados ante la accionada bajo la partida

101689927, 101689864, solicitó el pago de \$406.700, por el medicamento Exforge que contiene los principios activos amlodipino más valsar tan Antagonista de los receptores de la angiotensina II (valsartán), medicamento ordenado por el CTC y hace parte del POS.

33. En los casos radicados bajo la partida **101689823, 101689822, 101689744**, suplicó el pago de \$79.140, por el medicamento FREEGEN, que es un Lubricante ocular y restaurador de la película lacrimal indicado para el tratamiento sintomático de la sequedad ocular. FREEGEN (Carboximetilcelulosa), ordenado por el CTC y no hace parte del POS.

34. En los eventos radicados bajo el consecutivo **101689805, 101689805**, solicitó el pago de \$37.530 por el medicamento GABAPENTIN MK, Reduce la liberación de los monoamino neurotransmisores y aumenta el recambio de GABA en varias áreas cerebrales, para el tratamiento de epilepsia ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

35. En los casos bajo los radicados **101689834, 101689834, 101689834, 101689639, 101689639, 101689639, 101689630, 101689630, 101689626, 101689626, 101689621, 101689621, 101689621**, solicitó el pago de \$ 531.998 por el medicamento GALVUS que contiene el principio activo vildagliptina el cual produce una inhibición rápida y completa de actividad de DPP-4, aumentando así niveles endógenos postprandiales, y en ayunas de hormonas incretinas GLP-1 (péptido 1 similar al glucagón) y GIP (polipéptido insulínico dependiente de glucosa). Medicamento ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

36. Respecto al radicado **101689868, 101689860, 101689860 y 101689860**, en el que se solicitó el pago de \$1.033.608

GLUCERNA SR LIQUIDO y vitales no disponibles, con a documentales aportadas se evidencia que los insumos reclamados fueron suministrados el 8 de mayo de 2013, por orden del CTC, suplemento alimenticio liquido especializado para diabéticos formulada con un sistema de hidratos de carbono de liberación lenta de energía que ha demostrado clínicamente que ayuda a manejar tus niveles de azúcar en sangre, tecnología que no hace parte del POS.

37. En los casos bajo la partida **101689893 y 101689732**, solicitó el pago de \$202.120, por la tecnología Janumet para mejorar el control glucémico en pacientes con diabetes tipo 2: sitagliptina fosfato, un inhibidor de la dipeptidil peptidasa (DPP-4) y metformina clorhidrato, un miembro de la clase de las biguanidas, está indicado en adultos con diabetes mellitus tipo 2, medicamento que fue entregado el 17 y 30 de mayo de 2013, ordenado por el CTC y que no se encuentra dentro del POS.

38. En el caso **101689913**, solicitó el pago de \$319.485, por el medicamento KEPRRA, que es un medicamento ordenado para la epilepsia, entregado el 28 de mayo de 2013 y que fuera ordenado por el CTC, tecnología que no hace parte del POS.

39. En el evento **101689648**, suplicó el recobro de \$112.850, por el medicamento KRYTANTEK, que contiene los principios activos timolol, brimonidina, dorzolamida, El tartrato de brimonidina es un potente y selectivo agonista de los receptores adrenérgicos, Maleato de timolol es un agente bloqueador adrenérgico no selectivo de receptores B1 y B2, que reduce la presión intraocular elevada, medicamento entregado el 4 de febrero de 2013 y que no hace parte del anexo técnico 2 por lo que se considera una tecnología NO POS.

40. En el caso **101689710**, solicitó el recobro de \$74.780, por el medicamento LAGRICELA, que se trata de una solución oftálmica de Hialuronato de Sodio, ordenada por el CTC, entrega el 2 de mayo de 2013 y que no hace parte del POS.
41. En los eventos **101689780, 101689780**, la accionante solicitó el pago de \$38.490, por el medicamento LAMICTAL, que es una feniltiazina usado como medicamento, especialmente para la epilepsia (con características semejantes a la fenitoína) y el trastorno bipolar (al ser utilizado como estabilizador del ánimo), medicamento entregado el 24 de mayo de 2013 y ordenado por el CTC, que no hace parte del POS.
42. En el evento **101689807** suplicó el pago de \$9.610 por el medicamento LANSOPRAZO que fue entregado el 24 de mayo de 2013 por orden del CTC, medicamento para el tratamiento de reflujo gástrico y que no hace parte del POS.
43. En el caso **101689646** solicitó el pago de \$48.943, la entrega del medicamento LUMIGAN, efectuado el 8 de febrero de 2013 por orden del CTC y que no hace parte del POS según acuerdo 029 de 2011.
44. En los casos **101689810, 101689810, 101689810, 101689758 101689701 y 101689701**, solicitó el pago de \$ \$481.374,00 por el medicamento LYRICA, entregado para el tratamiento de epilepsia siendo ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.
45. En los eventos **101689863, 101689745**, solicitó el pago de \$444.482 por el medicamento MICARDIS, para el tratamiento de la hipertensión arterial esencial. Prevención cardiovascular: reducción de la morbilidad cardiovascular en pacientes con: a) enfermedad cardiovascular aterotrombótica manifiesta (historia de enfermedad coronaria, ictus, o enfermedad. cardiovascular

periférica). b) diabetes mellitus tipo 2 con lesión de órgano diana documentada, insumo ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

46. En el caso **101689634**, solicitó el pago de \$105.766 por el medicamento MIRTAPAX, que es un antidepresivo, que aumenta la neurotransmisión noradrenérgica y serotoninérgica a nivel central, está indicado en el tratamiento del episodio de depresión mayor. Tecnología ordenada por el CTC y que no hace parte del POS.

47. En los eventos bajo la partida de radicación, **101689787**, **101689787**, **101689787**, solicitó el pago de \$233.160 por el medicamento NEBILET entregado el 24 de mayo de 2013 por orden del CTC y que no se encuentra dentro del listado de medicamentos POS según Acuerdo 029 de 2011.

48. En los casos **101689770**, **101689770** solicitó el pago de \$37.530 por el medicamento NEURONTIN 300 MG, entregado el 23 de mayo de 2013 por orden del CTC y que no hace parte del POS.

49. En el caso **101689819** suplicó el pago de \$144.731 por el insumo NUTREN entregado el 3 de mayo de 2013 y que se trata de un suplemento dietario ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

50. En los casos, **101689908**, **101689908**, **101689908**, **101689827**, **101689827** y **101689827** solicitó el recobro de \$372.212 por PEDIASURE, suplemento de vitaminas y minerales que contiene sacarosa, almidón hidrolizado de maíz, aceite de girasol alto en ácido oleico, caseinato de sodio, aceite de soya, entre otros factores, ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

51. En el evento **101689646** suplicó el pago de \$ 41.213 por el insumo REFRESH TEARS, que se trata de un lubricante ocular

entregado el 8 de febrero de 2013 y que fuere ordenado por el CTC. De igual forma no hace parte del anexo técnico 2 del Acuerdo 029 de 2011.

52. En los casos radicados bajo las partidas **101689722, 101689722**
101689722 y 101689722, por valor de \$220.884, por el
medicamento SALAGEN, que es una solución estéril y
amortiguada de Clorhidrato de Pilocarpina, tecnología que no
hace parte del Acuerdo 029 de 2011.

53. En los eventos bajo la partida **101689911 y 101689777**, suplicó el pago de \$273.700, por el medicamento SERETIDE, utilizado para el tratamiento de asma y enfermedades pulmonares que no hace parte del POS y que fuere ordenado por el CTC.

54. En el caso **101689769** solicitó el pago de \$88.415, por el medicamento SEROQUEL entregado el 23 de mayo de 2013 y que es utilizado para episodios de maníacos asociados al trastorno bipolar, episodios depresivos asociados a trastorno bipolar, ordenado por el CTC y no hace parte del POS.

55. En los eventos radicados **101689909**, **101689909**,
101689909,**101689909**, **101689909**, **101689909**, **101689909**,
101689909, **101689909**, **101689909**, **101689909**, **101689909**,
101689820, **101689820**, **101689796**, **101689796**, **101689796**,
101689796, **101689796**, **101689796**, **101689796**, **101689796**,
101689796, **101689796**, **101689796**, **101689796**, **101689704**,
101689701, **101689701**, **101689701** y **101689701** suplicó el
valor de \$1.465.340 por el medicamento SINALGENA,
analgésico narcótico semisintético y antitusivo con múltiples
acciones cualitativamente similares a las de la codeína. La
mayoría de éstas implican el sistema nervioso central y el
músculo liso. Ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

56. En el evento radicado **101689769**, por el recobro de \$383.250 por la entrega del medicamento SINEMET utilizado para tratar los síntomas de la enfermedad de Parkinson o los síntomas de tipo Parkinson (por ejemplo, temblores, rigidez, dificultad para moverse), ordenado por CTC y que no hace parte del POS.
57. En el caso radicados **101689901 y 101689837**, solicitó el pago de recobro por la suma de \$279.850 por el medicamento SYMBICORT, para el tratamiento del asma en adultos y adolescentes entre 12 y 17 años de edad. También se utiliza para el tratamiento sintomático de la Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC) en adultos mayores de 18 años. Ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.
58. En los casos **101689824, 101689809**, solicitó el pago de \$75.120 por el medicamento SYNTHROID, que es una hormona de la tiroides, se utiliza para tratar el hipotiroidismo, una condición en la cual la glándula tiroides no produce suficiente hormona tiroidea. La levotiroxina también se usa para tratar hipotiroidismo congénito (cretinismo) y bocio (glándula tiroidea agrandada). Ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.
59. En el recobro radicado **101689783** solicitó el pago de \$28.000 por el medicamento SYSTANE GOTAS LUBRICANTES, insumo que fue entregado por la accionante el 23 de mayo de 2013 y que no hace parte del POS.
60. En el evento **101689771** suplicó el pago de \$35.130 por el medicamento TAMSULOSINA, medicamento que utilizado en hombres para tratar los síntomas del agrandamiento de la próstata (hiperplasia prostática benigna o BPH, por su sigla en inglés), ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

61. En el caso **101689742** rogó el pago de \$126.546 por el medicamento THIOCTACID, entregado el 15 de mayo de 2013 y que no hace parte del POS.
62. En los casos **101689715 y 101689715**, solicitó el pago de \$143.190 por el medicamento TRILEPTAL, usado para el tratamiento de las crisis epilépticas parciales con o sin generalización secundaria, ordenado por el CTC y entregado efectivamente por la accionante, medicamento que no hace parte del POS.
63. En el evento **101689715**, solicitó el pago de \$91.605 por el medicamento URBADAN usado para estados de ansiedad agudos y crónicos, ansiedad durante neurosis graves, la que acompaña a estados depresivos (asociado a antidepresivos), o a psicosis (asociado a neurolépticos), ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.
64. En el caso **101689900**, suplicó el pago de \$167.610 por el medicamento URSACOL, medicamento usado para tratamiento de la cirrosis biliar primaria y como terapia adyuvante diversos tipos de enfermedades colestásicas hepatobiliares, ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.
65. En los casos **101689879, 101689812** rogó el pago de \$258.960, por el medicamento VALCOTEA, usado como monoterapia y como terapia adyuvante en las convulsiones parciales complejas (CPC) en adultos y niños mayores de 10 años, y en crisis de ausencia simples y complejas en adultos y adolescentes, entregado el 24 y 28 de mayo de 2013 por orden del CTC y que no hace parte del POS.
66. En el caso **101689640** solicitó el pago de \$304.440, por el medicamento VYTORIN, usado para reducir las concentraciones de colesterol total y triglicéridos que circulan en la sangre. Eleva

las concentraciones del colesterol “bueno” (colesterol HDL), ordenado por el CTC y que no hace parte del POS.

67. En los casos **101689780, 101689780 ,101689780 ,101689780 101689780 ,101689780 ,101689780, 101689780 ,101689780** solicitó el pago de \$1.684.720 por el medicamento de ZYPREXA usado en el tratamiento de la esquizofrenia. La olanzapina es efectiva en el mantenimiento de la mejoría clínica durante la terapia de continuación en los pacientes que muestran una respuesta inicial al tratamiento, entregado el 24 de mayo de 2013 por orden del CTC y que no hace parte del POS según Acuerdo 029 de 2011.

Pala la Sala, contrario a lo manifestado por la parte accionada, en consonancia con el artículo 232 del CGP, conforme al cual corresponde al fallador la apreciación del dictamen bajo las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos, puede colegir que en efecto, dentro del presente asunto, el dictamen pericial goza de pleno valor probatorio, a que el perito indicó con suma precisión, no solo la metodología empleada en la elaboración del mismo, sino se relacionaron únicamente las facturas susceptibles de recobro, es decir, frente a dichas facturas son impertinentes las glosas formuladas por la parte demandada, pues los procedimientos por los cuales fueron presentadas cuentas de cobro no habían sido cancelados por parte del FOSYGA a través de la U.P.C., toda vez que son procedimientos no P.O.S.

En síntesis, luego de un análisis exhaustivo al Dictamen pericial practicado se advierte que contrario a lo considerado en la objeción propuesta por la demandada, no demostró que los recobros solicitados en el libelo petitorio se hubieren pagado, pues la accionada solo se limitó a señalar que solo 32 recobros estaban en estado de “aprobado”, sin embargo, brillo por su ausencia la demostrabilidad de pago de las facturas condensadas.

Frente a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la parte demandada **no está llamada a prosperar**, pues los servicios de salud fueron prestados durante el 4 de febrero de 2013 al 31 de mayo del 2013, los recobros, que interrumpen el término de prescripción fueron efectuados el 20 de marzo de 2014 y la demanda fue presentada el 14 de octubre de 2016 (f. 808) verificándose que no alcanzó a transcurrir el término de 3 años entre las citadas fechas, según lo establecido en el artículo 151 del CPTSS.

Concluyéndose que la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES efectivamente adeuda la suma de **\$13.784.780** por concepto de servicios y procedimientos prestados a los pacientes de la E.P.S. SANITAS, que no se encontraban incluidos en el POS al momento de la prestación de la atención, aclarando la Sala que no fue el valor solicitado en la demanda, toda vez, que según el Dictamen practicado las restantes facturas que equivalen a la suma de \$5.446.920 a la fecha de prestación del servicio de salud a los pacientes, los servicios se encontraban incluidos en el POS, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 029 de 2011, expedido por la extinta CRES, es decir, que los pagos ya fueron efectuados por la demandada mediante la unidad de pago por capitación, o las facturas no reunían las condiciones previstas en la norma para su cobro o no se allegó el soporte documental respectivo.

Intereses moratorios y Gastos Administrativos.

Frente a los Intereses moratorios que pretende la parte demandante en la demanda, es menester precisar que el Decreto 1281 de 2002, *“Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”,* en su artículo 4º dispone que *“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.*

A su vez, el Art. 13 del referido decreto estableció que, la cuenta de cobro al Fosyga debía ser presentada dentro de los 6 meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, norma que fue modificada por el art. 111 del Decreto 019 de 2012, en el que se previó un término máximo de un año, vigente a partir del 10 de enero de 2012 (antes de que transcurriera el término anterior respecto a las facturas, objeto de recobro), plazo que en consideración de la Sala, debe tenerse en cuenta para efectos de establecer la procedencia de los intereses moratorios, además, lo precisado en la Resolución No. 3099 de 2008, respecto a que en los casos de recobros por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

Adicionalmente, el Capítulo II de la Resolución No. 3099 de 2008 regula el procedimiento para efectuar recobros al Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no incluidos en el POS y fallos de tutela, y concretamente el Art. 13 establece que el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto cuenta con el término de 2 meses para cancelar las sumas de dinero que sean recobradas por las EPS.

Verificadas cada una de las facturas a las que se condenará al pago por parte de la demandada con sus respectivos anexos, y la información aportada al expediente, se observa que fueron presentadas ante el FOSYGA dentro del plazo máximo de un año ya referido, en específico fueron radicadas el 20 de marzo de 2014 a través del formato MYT 01 Y 02 según archivo denominado (repuesta recobros formato MYT), término que fue contabilizado a partir de la radicación de la factura por parte del proveedor ante la E.P.S

Por último, se absolverá a la demandada del reconocimiento de los gastos administrativos procurados, pues su pago no encuentra respaldo legal alguno ni tampoco se acredita su causación.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las costas de primera instancia lo serán a cargo de la demandada ADRES, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas 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 proferida el 7 de junio de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido, de CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, a reconocer y pagar a favor de la EPS SANITAS S.A., la suma de **\$\$13.784.780**, correspondientes a los servicios de salud prestados por la demandante a sus afiliados, que se encontraban excluidos del PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, tal como se indicó en las motivaciones anteriores.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, a reconocer y pagar a favor de la EPS SANITAS S.A., los intereses moratorios generados por el retardo en el pago de las facturas presentadas en tiempo oportuno, los que deberán ser liquidados momento de pago efectivo, según lo dispuesto en el Artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, teniendo en cuenta como fecha de generación de dichos intereses el primer día del tercer mes contabilizado desde la presentación de cada recobro.

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, del pago de los gastos administrativos reclamados por la

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

activa, por las razones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia lo serán a cargo de la demandada ADRES, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas 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:	11001-31-05-003-2018-00596-01
DEMANDANTE:	BRANDON ELÍAS CAMACHO OLARTE
DEMANDADO:	MIRTO ALDEMAR SASTRE GONZÁLEZ
ASUNTO:	Consulta sentencia del 17 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo 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 revisar en consulta en favor del trabajador **BRANDON ELÍAS CAMACHO OLARTE** la sentencia de fecha 17 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BRANDON ELÍAS CANO OLARTE** contra **MIRTO ALDEMAR SASTRE GONZÁLEZ** con radicado No. **11001-31-05-003-2018-00596-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 16 de octubre de 2016 hasta el 23 de mayo de 2018 y como consecuencia de ello se condene al demandado al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de

¹ Archivo 1 fs. 5-10 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

servicios, sanción por falta de consignación de las cesantías a un Fondo, aportes a seguridad social integral durante el tiempo laborado, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST., y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó, en síntesis, que el actor tuvo una vinculación laboral de manera verbal con el demandado, donde ejerció la actividad de manipulación de maquinaria procesadora de polietileno, entre el 16 de octubre de 2016 y el 23 de mayo de 2018, devengando un salario mensual de \$1.200.000.

La labor era ejecutaba de manera personal, atendiendo las instrucciones de su empleador y cumpliendo un horario de trabajo en las instalaciones destinadas por el empleador para el ejercicio de la actividad; que en este periodo el empleador canceló los salarios, pero no las prestaciones sociales ni efectuó el pago de los aportes a seguridad social.

El 23 de mayo de 2018 el actor presentó de manera voluntaria su renuncia al cargo sin que hasta el momento le hayan sido canceladas por el demandado las acreencias laborales que le correspondían, por lo que solicitó a través del Ministerio del Trabajo audiencia para conciliación, que se declaró fracasada el día 29 de agosto de 2018 ante la inasistencia del demandado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Mediante auto del 9 de junio de 2021 (f. 49 archivo 01) el juzgado de primera instancia ordenó el emplazamiento del demandado MIRTO ALDEMAR SASTRE GONZÁLEZ y le designó Curador ad-litem quien una vez notificado (archivo 3) procedió a contestar la demanda en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que no le constan los hechos y propuso como excepción de fondo la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 17 de febrero de 2023 (archivo 10), absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada en su contra, no condenó en costas y

² Archivo 4 fs. 2-6 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

dispuso la remisión del proceso para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

Indicó en primer lugar, que solo compareció a la audiencia el Curador ad-litem y que no obstante estar notificada la parte actora, no compareció a la audiencia del artículo 77 del CPTSS del 7 de febrero de 2023 por lo que procedió a señalar nuevas fechas para el 14 y 17 de febrero de 2023 para realizar la audiencia a la que tampoco comparecieron ni el actor ni su apoderado.

Señaló que ante la inasistencia de la parte actora y su apoderado hacía posible concluir que existía una falta de interés de la parte actora en las results del proceso, por lo que solo el Curador ad-litem de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. En cuanto a las pretensiones formuladas en la demanda indicó que efectuado el emplazamiento en el registro nacional y designado Curador ad-litem a la parte demandada se adelantó el proceso sin la comparecencia de la parte actora ni de su apoderado y fundamentó su decisión en que no se aportó al proceso prueba alguna de los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para probar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, como tampoco para la presunción legal del artículo 24 del CST, ya que no se allegó prueba de la prestación del servicio, lo que conforme al artículo 167 del CGP debía demostrar la parte actora y al proceso solo se aportó el certificado de matrícula del demandado y el RUAF del demandante, lo que no constituía prueba alguna de la prestación del servicio o de la existencia de un contrato de trabajo, por lo que absolvió al demandado de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSULTA

El proceso fue remitido a esta Corporación a fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta por cuanto la sentencia fue desfavorable al trabajador, conforme al artículo 69 del CPTPSS.

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, se procede en revisión conforme al grado jurisdiccional de consulta a resolver por esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales como problema jurídico en el *sub lite*, determinar si entre el demandante BRANDON ELÍAS CANO OLARTE y el demandado MIRTO ALDEMAR SASTRE GONZÁLEZ existió un contrato de trabajo y en tal caso si proceden las condenas por las acreencias laborales e indemnizaciones reclamadas en la demanda.

CONSIDERACIONES

Para que se configure un contrato de trabajo deben confluir unos elementos que están definidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que corresponden a la labor personal desarrollada por el trabajador, la continuada subordinación y la remuneración. Respecto a estos elementos se tiene que la labor debe ser realizada en forma personal por el trabajador, es decir, que no puede delegarse a otra persona; igualmente debe realizarse bajo la subordinación y dependencia continuada del empleador quien tiene la facultad de impartir órdenes al trabajador y este la obligación de acatarlas en todo momento, y por último la retribución, salario o remuneración como contraprestación de la actividad personal realizada por el trabajador.

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por lo que le basta al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma que éste se dio bajo un contrato de trabajo, por lo que para resolver se tendrán en cuenta las pruebas allegadas al proceso.

Se resalta que ni el demandante ni su apoderado comparecieron a ninguna de las audiencias que el juzgado realizó, los días 7 de febrero de 2023, 14 y 17 de febrero de 2023 sin allegar justificación alguna sobre su inasistencia.

Es sabido que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos del derecho reclamado».

La parte actora allegó con la demanda el certificado de existencia y representación del demandado MIRTO ALDEMAR SASTRE GONZÁLEZ que lo acredita como comerciante cuya actividad es la de fabricación de formas básicas en plástico y que no ha renovado la matrícula mercantil desde el año 2015. (fs. 22-24) y el Registro único de Afiliados RUAF (fs. 25-26) conforme al cual el trabajador tiene activa afiliación a riesgos laborales con Seguros de vida Colpatria S.A. desde el 15 de diciembre de 2016 en empresas dedicadas a actividades de apoyo terapéutico.

Así las cosas, revisada las pruebas allegadas, no es posible concluir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde 16 de octubre de 2016 y el 23 de mayo de 2018, toda vez que no se acreditó por ningún medio la prestación del servicio y por el contrario con el RUAF allegado se puede establecer que el actor se encuentra afiliado activo en riesgos laborales desde diciembre de 2016 en actividades de apoyo terapéutico, es decir que en el mismo periodo fue afiliado para realizar una actividad que no tiene relación alguna con la que desarrolla el demandado, que conforme a la Cámara de Comercio tiene que ver con la fabricación de figuras en plástico, por lo que ante la ausencia de pruebas se debe confirmar la decisión de primera instancia.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha diecisiete (17) de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2019-00743-01
DEMANDANTE:	JOSÉ ANTONIO DAZA FIGUEREDO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 30 de enero 2023
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ ANTONIO DAZA FIGUEREDO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-007-2019-00743-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, al igual que para todos los efectos legales se encuentra afiliado en el RPM en cabeza de Colpensiones; como consecuencia de ello, se ordene la remisión de la información y los dineros correspondientes al valor total de las cotizaciones realizadas en el RAIS, incluyendo el valor de las cuotas de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el porcentaje destinado al seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, los rendimientos financieros y todas aquellas sumas de dinero que por cualquier motivo hagan parte de su cuenta de ahorro individual o hayan sido descontados del monto de su cotización; se reconozcan todos aquellos derechos que hayan sido discutidos y probados bajo las facultades *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 22 de septiembre de 1.955. Que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través del RPM administrado por el otrora ISS. Que presuntamente se trasladó al RAIS, no recibió la información necesaria, suficiente y oportuna sobre las características y diferencias entre cada régimen pensional, por manera que su decisión no fue informada, autónoma y consciente de las consecuencias que generaría, al no recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna sobre el acto de traslado de régimen pensional, pues solamente se le indicó que el ISS sería liquidado. Que agotó la reclamación administrativa ante las demandadas, recibiendo respuesta únicamente de Colpensiones, dado que Protección S.A. guardó silencio.

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 el convocante se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del RPM por haber pertenecido a él, para así tomar la

¹ Páginas 4 a 15 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 1 a 25 Archivo 07 Expediente Digital

mejor decisión de acuerdo a sus intereses pensionales. Agregó que de acuerdo con la suscripción del formulario -documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT- el demandante da fe de la declaración escrita a que hace referencia el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

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

PROTECCIÓN S.A.³

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues del formulario diligenciado por el actor se observa que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su vinculación, y es por ello que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y la AFP, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo, como del afiliado.

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 prima 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.

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 incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en

³ Páginas 80 a 103 Archivo 01 Expediente Digital

⁴ Páginas 4 a 38 Archivo 01 Expediente Digital

presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentra conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º 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 C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción y/o prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7º) 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, a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 1º de agosto de 1995 y a la AFP Santander hoy Protección el 30 de noviembre de 2006; ordenó a la AFP Protección trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al RPM por Colpensiones; ordenó a Protección y a Porvenir a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, lo cual deberá cumplirse en el término de 30 días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, debiendo presentar un informe debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y

que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia; ordenó a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declaró como no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y condenó en costas a la AFP Porvenir y a la AFP Protección.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el Juzgado de Conocimiento al emitir su decisión no tuvo en consideración el principio de relatividad jurídica, esto es, que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico del traslado celebrado entre el actor y la AFP convocada, por manera que no puede verse perjudicada con la decisión adoptada al caso, en virtud de los efectos *inter partes* de los actos jurídicos. En ese orden, dijo que no es procedente ordenarle recibir al actor al RPM, máxime que ello atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema previsto en el artículo 48 de la CP adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005, pues este tipo de condena está afectando la reserva pensional de la entidad, sobre todo porque existe una alta probabilidad que deba asumir el reconocimiento de un derecho pensional, y es por ello que, debe verificarse sin en efecto se desconoció el deber de información. Agregó que de confirmarse la decisión debatida, se condene a la AFP reconocer a Colpensiones los perjuicios que se le generen, en atención a la teoría del daño del derecho civil, según la cual quien genera un daño está llamado a repararlo y no un tercero ajeno al acto jurídico, como lo es Colpensiones.

La demandada **PORVENIR** formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto que, no es procedente la devolución de los descuentos realizados a título de gastos de administración, por cuanto ello constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, porque no existe norma que disponga tal devolución, máxime que tales dineros no le pertenecen al afiliado, al no estar destinados a financiar la pensión de vejez. Agregó que se trata de un emolumento recibido por la AFP como una contraprestación por administrar la cuenta de ahorro individual del convocante, en virtud de la cual le generó unos rendimientos financieros, aunado a que se desconoce que esos descuentos se realizaron conforme a ley, siendo claro que su entrega a Colpensiones afectan el patrimonio de la AFP y desconoce su derecho a la igualdad, en tanto se privilegia a una de las partes de manera injustificada.

Dijo que tampoco procede el retorno del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que conforme al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 compilado en el Decreto Único 1833 del año 2016, este concepto solo está cargo de la entidad a la que actualmente se encuentra afiliado el demandante, esto es, la AFP Protección. Concluye indicando que no hay lugar a la indexación ordenada por el Despacho, toda vez que, conforme a la sentencia C-161 de 2010, M.P. Edgardo Villamil Portilla y la sentencia SL9316 del 19 de junio, tal figura consiste en una actualización por la devaluación de la moneda, ante el efecto inflacionario de la economía, lo cual se encuentra suplido con la rentabilidad mínima que las AFP deben garantizar sobre las cuentas de sus afiliados, lo que evita que los recursos se vean afectados por esa devaluación, y es por ello que, no resulta procedente la condena por indexación, ya que se estaría generando una doble condena por el mismo concepto, lo cual fue expuesto por la Sala del Tribunal Superior de Cundinamarca dentro de la radicación 2589931050220210011101 y por la Sala del Tribunal Superior de Cali en la radicación 7600131050220220023401.

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 JOSÉ ANTONIO DAZA FIGUEREDO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones

especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya 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 **HORIZONTE** 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 adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 31 Archivo 07 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y posteriormente, ante la AFP **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (página 104 archivo 01 del 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 formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP 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 las demandadas, pues fue claro el actor en referir que se afilió a la AFP Horizonte porque llegaron “*unas muchachas*” que le hablaron mal del Seguro Social, indicándole que era un foco de corrupción porque “*se robaban la plata*”, de manera que ello podía dejarlo sin pensión, pues se podían perder sus recursos. Que las asesoras también le refirieron que en el fondo privado se generarían unos rendimientos financieros, pudiéndose pensionar en menor tiempo y con mejores garantías que en el ISS. Que se trasladó a Santander porque estaba pasando por una situación económica difícil y allá le ofrecieron un crédito de \$20.000.000 (Min. 12:55 – 38:09 archivo de audio y video 11 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 esta 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, 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 las 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»*.”

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). 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, no siendo del caso analizar la solicitud de imponer condena a título de perjuicios, por el eventual daño que se causa a Colpensiones, en la medida que ello no fue solicitado en las pretensiones de la demanda, y por ende, no hace parte del presente litigio. 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 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) 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 por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2021-00022-01
DEMANDANTE:	FILIBERTO WAGNER HERRERA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 13 de junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FILIBERTO WAGNER HERRERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, con radicado No. **11001-31-05-007-2021-00022-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada a través de la AFP Colfondos S.A., al igual que siempre estuvo afiliado al RPM administrado por el otrora ISS; como consecuencia de ello, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el monto total existente de todo lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; se reconozcan todos aquellos derechos que hayan sido discutidos y probados bajo las facultades *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que cotizó para los riesgos de IVM al ISS hoy Colpensiones. Que el 29 de julio de 1995, gestores de Colfondos S.A. promovieron su traslado, sin brindarle información suficiente, sin tener ninguna asesoría por parte de la AFP, ni los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional, y mucho menos se le comunicaron las consecuencias que le acarrearía el trasladarse del RPM al RAIS. Que solicitó ante Colfondos le fuera entregada la documentación relativa a su traslado, sin embargo, la AFP le indicó que el único soporte documental con el que contaba en relación con tal acto, correspondía al formulario de afiliación. Que solicitó a Colpensiones tener por nulo su traslado de régimen pensional, sin embargo, la entidad se negó a tal petición, sin efectuar ningún estudio exhaustivo, ni consideración que atendiera de fondo los motivos, situación fáctica y jurídica de su respuesta.

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 brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en las que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las

¹ Páginas 78 a 89 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 1 a 13 Archivo 11 Expediente Digital

diferencias entre este y el RPM, las ventajas y desventajas y, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el nuevo régimen.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción de nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

COLPENSIONES³

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), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del DEMANDANTE, 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, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º 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 C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

³ Páginas 1 a 39 Archivo 12 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de junio de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el actor a la AFP Colfondos, contenida en el formulario 7198819 del 29 de septiembre de 1.999; ordenó a Colfondos a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones; ordenar a Colfondos incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados; ordenar a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su afiliación al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por Colpensiones y Colfondos S.A.; condenó en costas a 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 a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que si bien existe un criterio jurisprudencial definido por la Corte Suprema de Justicia, no puede pasarse por alto que cada caso debe ser analizado de manera particular, acotando que en el *sub iudice* el actor no puede estar exonerado del deber de ilustrarse sobre la decisión relacionada con el cambio de régimen pensional, porque no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos, además, porque de su elección dependería su futuro pensional. Agregó que el actor contó con mecanismos legales para que su

afiliación al RAIS no tuviere efectos legales, como el retracto y la rescisión, que no utilizó de manera oportuna.

Señaló que conforme a la sentencia C-242 de 2009, en la que se desarrolló el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema previsto en el artículo 48 de la CP adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005, el interés general debe primar sobre el interés particular, aunado a que la ineficacia aquí reconocida afecta el patrimonio público, por cuanto la entidad demandada tendría que asumir la pensión que se llegare a causar a favor del demandante, pese a que su ahorro fue realizado de manera individual, siendo claro que no financió las pensiones del RPM y que el mismo no es suficiente si quiera para financiar su propia prestación.

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 JOSÉ FILIBERTO WAGNER HERRERA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS 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 **COLFONDOS 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).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP **COLFONDOS S.A.** (página 91 Archivo 11 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.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP 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 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 fue

claro el actor en referir que los asesores de la AFP demandada le indicaron en una reunión grupal realizada en Supermercados Cafam, que el ISS iba a desaparecer, por manera que a todas las personas que se encontraban allí les tocó trasladarse a Colfondos, más aún cuando los jefes les dijeron que era mejor cambiarse de régimen pensional. Que también les indicaron que se podían pensionar antes de la edad mínima, lo cual no fue verdad y le explicaron la figura del bono pensional, pero no entendió la misma. Que suscribió el formulario de afiliación que le entregaron ya diligenciado. (Min. 04:58 – 23:00 archivo de audio y video 24 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el 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 la 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 esta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, sin embargo, se observa que se omitió disponer expresamente que la AFP demandada también trasladar a Colpensiones los descuentos con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, 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, 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.

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 virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE:

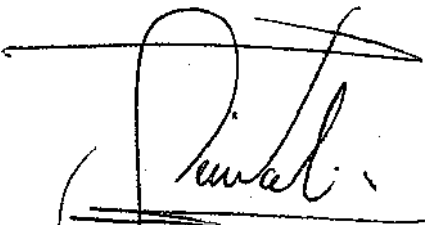
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia del 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los descuentos realizados con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a la AFP, 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 dado el resultado de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-009-2021-00603-01
DEMANDANTE:	MIREYA MANCIPE ALVARADO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 23 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación Acuerdo 049 de 1990
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad en lo que no fue materia de apelación, respecto de la sentencia del 23 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MIREYA MANCIPE ALVARADO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-009-2021-00603-01**.

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 ordene a la demandada reliquidar su pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, y se le condene al pago de las diferencias pensionales causadas desde el 1º de febrero de 2013, junto con la indexación de la primera mesada pensional, los reajustes anuales, intereses moratorios, indexación de las sumas causadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de julio de 1953, motivo por el cual cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2010. Que mediante Resolución GNR 212398 del 23 de agosto de 2013, la entidad demandada le reconoció pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$751.229, a partir del 1º de febrero de 2013. Que conforme a su historia laboral ha cotizado 1.301 semanas, de las cuales 513 fueron cotizadas en fondos de naturaleza pública. Que contra el anterior acto administrativo formuló recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitando la reliquidación de su pensión, a la luz del Acuerdo 049 de 1990, junto con el pago de los intereses moratorios y la indexación de la mesada, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones GNR 233447 del 24 de junio de 2014 y VPB 41135 del 7 de mayo de 2015, respectivamente, siéndole reconocida la reliquidación pensional de manera parcial en esta última decisión, en el sentido de reajustar la mesada aplicando la Ley 71 de 1988, en valor de \$863.975, con efectividad a partir del 1º de febrero de 2013, tendiendo en cuenta 14 mesadas al año, para lo cual la encartada consideró un IBL de \$1.151.967 y una tasa de reemplazo del 75%, dejando de lado las 513 semanas cotizadas al sector público. Que la encartada en todos sus actos administrativos ha reconocido que tiene la calidad de beneficiaria del régimen de transición.

¹ Páginas 15 a 30 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no es procedente aplicar el Decreto 758 de 1990 para la reliquidación pensional, dado que, la Corte Constitucional en sentencia SU-769 de 2014 fue clara en indicar que ello solo procedería de forma excepcional en los casos en que la persona siendo beneficiaria del régimen de transición, no acredita los requisitos mínimos de pensión bajo ninguna normatividad aplicable, situación que no es la que nos ocupa, puesto que la demandante acreditó los requisitos de pensión bajo la Ley 797 de 2003, que permite la acumulación de tiempos públicos y privados, así como, posteriormente resultó más favorable la prestación bajo la Ley 71 de 1988, norma que también permite la acumulación de tiempos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración de derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste, carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de febrero de 2023, declaró que la actora es beneficiaria del régimen de transición bajo lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990; condenó a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez que disfruta la demandante conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, e igualmente, a reconocer a su favor las siguientes diferencias pensionales: 1) 2018: \$336.918,93; 2) 2019: \$2.878.489,40; 3) 2020: \$2.987.871,99; 4) 2021: \$3.035.976,73; 5) 2022: \$3.306.598,63; 6) 2023: \$558.046,83; autorizó a la demandada para que descuente los aportes a salud conforme a lo previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 42 inciso 3º del Decreto 692

² Páginas 1 a 14 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de 1994, además, los descuentos que se realicen a partir del 2020, deberán realizarse conforme a la Ley 2010 de 2019; condenó a Colpensiones a pagar las diferencias debidamente indexadas; declaró parcialmente probada las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido en lo que atañe a los intereses moratorios y a la indexación de la primera mesada pensional; absolvió a la encartada de la demás pretensiones formuladas en su contra y le condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que, desde la sentencia SL1947-2020, la Corte Suprema de Justicia, varió su jurisprudencia estableciendo que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez a la luz del régimen de transición, son útiles todas las semanas de cotización efectuadas por el empleador, dando paso a la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, lo cual fue reiterado en decisiones posteriores. Agregó que, conforme a la fecha de nacimiento de la activa, al 1º de abril de 1994 contaba con una edad superior a los 35 años, siendo beneficiaria del régimen de transición, el cual extendió, al superar las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 001 de 2005, además, acreditó aportes al ISS en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, motivo por el cual le resulte aplicable dicha norma.

Señaló que acreditó la edad mínima de 55 años y un total de 1301 semanas, de suerte que cumple con las condiciones previstas por la normatividad *ejusdem*, la cual le resulta más favorable por ser mayor la tasa de reemplazo, que corresponde al 90%, misma que al ser aplicada al IBL definido por la demandada, permite obtener una pensión de \$1.036.770,30, por lo que procede la reliquidación pensional, procediendo el reconocimiento de las diferencias generadas desde el 13 de diciembre de 2018, por efectos del fenómeno de la prescripción. Concluyó advirtiendo que los intereses moratorios no proceden en relación con reajustes pensionales y que la indexación de la primera mesada pensional no tiene lugar en el presente caso, toda vez que no existe una diferencia temporal ostensible entre la causación del derecho a la pensión de vejez y su disfrute, además, porque los IBC fueron debidamente actualizados por la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación, aduciendo que la pensión de vejez de la demandante fue reliquidada en una cuantía de \$863.975 a partir del 1º de enero de 2013, para lo cual se tomaron el total de semanas cotizadas, esto es, 1301, en virtud de la Ley 71 de 1988, siendo claro que la entidad aplicó a favor de la activa la norma más favorable por vía del régimen de transición, con una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL, denotando que no existen valores adicionales causados a favor de la pensionada, conforme al reajuste pensional efectuado en derecho.

Agregó que en el *sub judice* no es procedente aplicar el Decreto 758 de 1990, porque la Corte Constitucional en sentencia SU-769 de 2014 fue clara en indicar que ello solo procedería de forma excepcional en los casos en que la persona siendo beneficiaria del régimen de transición, no acredita los requisitos mínimos de pensión bajo ninguna normatividad aplicable, por manera que no es procedente el reajuste reconocido por parte del Juzgado de Conocimiento.

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 la Juez de conocimiento, el recurso de alzada impetrado por Colpensiones y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el dilucidar la viabilidad de reliquidar la pensión de vejez de la actora bajo el abrigo del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para el efecto, las cotizaciones efectuadas a cajas de previsión social o los tiempos servidos a favor del sector público y al otrora ISS hoy Colpensiones.

CONSIDERACIONES

ESTATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, se colige, tal como con acierto lo determinó el A quo, que a la señora MIREYA MANCIPE ALVARADO le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución GNR 212398 del 23 de agosto de 2013, conforme a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de febrero de 2013, en cuantía inicial de \$751.229, como así emana del acto administrativo en mención obrante en el expediente administrativo (Carpeta 07 del ED); posteriormente, dicha prestación fue reliquidada a través de la Resolución VPB 41135 del 7 de mayo de 2015, conforme a la Ley 71 de 1988, por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición, en cuantía inicial de \$863.975 desde el 1º de febrero de 2013, para lo cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, de acuerdo al acto administrativo en referencia, obrante en el expediente administrativo; así mismo, se constata que la accionante cuenta con un total de 1.301 semanas, de las cuales se advierten cotizaciones al ISS desde el 14 de abril de 1974 (reporte de semanas cotizadas obrante en la carpeta 07 del ED), tiempos públicos como docente en la Alcaldía Municipal de Chía, cotizaciones a Fomprecon a través del Senado de la República y cotizaciones a Fonpremag por conducto de la Secretaría de Educación de Cundinamarca (certificaciones laborales obrantes en la carpeta 07 del expediente digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, resta por establecer si le asiste derecho a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta todos los tiempos que fueron cotizados al entonces ISS por diversos empleadores y los tiempos laborados a favor del

sector público y cotizados a otras cajas de previsión social, dado que la parte pasiva considera que para el caso de la convocante, no resulta procedente tal pedimento, a la luz de lo establecido en la sentencia SU-769 de 2014.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, y en lo que atañe a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición, considerando para el efecto tiempos cotizados al otrora ISS y los servicios públicos cotizados a cajas de previsión social, o laborados a favor de un empleador de naturaleza pública, ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la reciente sentencia SL1947 de 2020 que:

«(...) No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen

expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

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

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

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

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

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la

seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.» (Resalta la Sala)

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1981-2020 y SL2523 de 2020, de manera que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, contrario a lo afirmado en la alzada, dado que en la actualidad dicha interpretación constituye doctrina probable al existir a lo menos 3 pronunciamientos en tal sentido, que no se limita al reconocimiento del derecho pensional, pues la Alta Corporación en sentencia SL3801-2021, reiteró su posición sobre el tema, en un caso similar al aquí estudiado, en el cual se pretendía la reliquidación pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin que para el efecto resulte relevante la fecha en que fueren proferidas las decisiones en referencia, o incluso la sentencia SU 769 de 2014, puesto que en el último caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, se dio aplicación al criterio esbozado, pese a que al demandante se le había reconocido la pensión de vejez desde el 1º de septiembre de 2007.

Bajo lo anteriores derroteros, se tiene que la demandante acredita los requisitos establecidos en el artículo 12 *ejusdem*, al cumplir 55 años de edad el 16 de julio de 2008, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía obrante a página 14 del archivo 01 del expediente digital, además, acredita un total de 1.301 semanas, incluidas las cotizaciones realizadas al otrora ISS y los servicios prestados a favor del Senado de la República, la Secretaría de Educación de Cundinamarca y la Alcaldía de Chía, conforme a la Resolución VPB 41135 del 7 de mayo de 2015 (carpeta 07 del expediente digital), es decir, que cuenta con más de las 1000 semanas mínimas requeridas por la norma aplicable, de lo cual se concluye que tiene derecho a que su pensión sea reconocida en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, en lo que se refiere a la tasa de reemplazo a aplicar se debe tener en cuenta que para las personas beneficiarias del régimen de transición, no es otra que la contemplada en la norma anterior llamada a regir el caso. En tal medida, el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, establece que la tasa de reemplazo para pensiones de vejez corresponde al 45% del salario base mensual, incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, considerando la densidad de 1.301 semanas que la propia demandada reconoció en su Resolución VPB 41135 del 7 de mayo de 2015, se concluye que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, como acertadamente lo consideró la falladora de primera instancia, misma que evidentemente le es más favorable a la actora, quien actualmente goza de una pensión de jubilación por aportes liquidada con una tasa de reemplazo del 75%.

De manera, al aplicar la tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL definido en el acto administrativo en referencia que no se encuentra en discusión, esto es, el valor de \$1.151.967, correspondiente al promedio de lo cotizado por la convocante en los últimos 10 años de servicios, se obtiene una mesada pensional de \$1.036.770, desde el 1º de febrero de 2013, tal y como así lo concluyó la Juez A quo, siendo claro que procede la reliquidación reclamada, al resultar el valor enunciado superior al reconocido por Colpensiones, siendo del caso confirmar la decisión sobre este puntual aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante a la reliquidación pensional, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor.

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.

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que la pensión de vejez se reconoció desde el 1º de febrero de 2013, además, la Resolución VPB 4135 del 7 de mayo de 2015, acto administrativo en el que se resolvió el recurso de apelación formulado por la demandante, le fue notificado el 15 de mayo de 2015, conforme a la constancia de notificación obrante en el expediente administrativo (Carpeta 07 del ED) y la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 13 de diciembre de diciembre de 2021 (página 31 archivo 01 del expediente digital), por manera que se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción las diferencias causadas con anterioridad al 13 de diciembre de 2018, conforme lo indicó el Juzgado de Conocimiento.

DIFERENCIAS PENSIONALES

En aras de revisar el valor de las diferencias pensionales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, se tiene que una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, la encartada adeuda por tal concepto a favor de la actora la suma de \$14.027.632 por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 13 de diciembre de 2018 hasta la fecha en que se profirió el fallo de primer grado, como se observa en la siguiente tabla:

DIFERENCIAS PENSIONALES						
AÑO	IPC	MESADA RECONOCIDA	MESADA RELIQUIDADA	DIFERENCIAS	No. DE MESADAS	SUBTOTAL
2018	4,09%	\$ 1.072.989,91	\$ 1.287.587,89	\$ 214.598	2	\$ 429.196
2019	3,18%	\$ 1.107.110,99	\$ 1.328.533,18	\$ 221.422	14	\$ 3.099.911
2020	3,80%	\$ 1.149.181,20	\$ 1.379.017,44	\$ 229.836	14	\$ 3.217.707
2021	1,61%	\$ 1.167.683,02	\$ 1.401.219,63	\$ 233.537	14	\$ 3.269.512
2022	5,62%	\$ 1.233.306,81	\$ 1.479.968,17	\$ 246.661	14	\$ 3.453.259
2023	13,12%	\$ 1.395.116,66	\$ 1.674.139,99	\$ 279.023	2	\$ 558.047
TOTAL						\$ 14.027.632

No obstante, se observa que por el mismo concepto la A quo determinó el valor total de \$13.003.902,5, frente al cual la parte actora no formuló ningún reparo, debiendo la Sala dejar incólume dicha decisión, como quiera que este punto se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Dichas sumas deberán indexarse desde que cada diferencia se hizo exigible, hasta la fecha en que se efectúe su pago, conforme al fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como así lo definió el a quo.

Conforme a lo explicado, habrá de confirmarse la sentencia aquí estudiada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, dado el resultado de la alzada. Se fijan como agencias en derecho de segunda instancia la suma de 1 SMLMV.

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 23 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, dado el resultado de la alzada. Se fijan como agencias en derecho de segunda instancia la suma de 1 SMLMV.

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:	11001-31-05-014-2020-00466-01
DEMANDANTE:	RICARDO ANTONIO NIÑO TORRES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.
ASUNTO:	Apelación y consulta sentencia del 28 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo 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 las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y para revisar en consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RICARDO ANTONIO NIÑO TORRES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-014-2020-00466-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones que se declare que el actor estuvo afiliado al RPM desde julio de 1977 y realizó cotizaciones al ISS hasta enero de 1996. Se declare que el actor se trasladó a COLFONDOS S.A. en enero de 1996 inducido a error por parte del asesor del Fondo. Se declare que al momento del traslado el actor contaba con 879,71 semanas cotizadas al ISS por lo que contaba con una expectativa legítima de causar el derecho pensional en el RPM.

Se declare que COLFONDOS S.A. omitió su deber de información y asesoría al demandante y se declare la nulidad del traslado de régimen al igual que el traslado efectuado a la AFP PORVENIR S.A. a partir del mes de febrero de 2001 por cuanto tampoco cumplió con el deber de información clara, veraz y oportuna al momento del traslado.

Se disponga que por efecto de la nulidad del traslado las cosas deben volver a su estado anterior y conforme a ello se ordene el retorno del actor al RPM administrado por COLPENSIONES, se ordene reactivar la afiliación del actor al RPM y se ordene a los fondos demandados devolver todos los valores que hubieren recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de seguros, gastos de administración, frutos, intereses y rendimiento causados. Se condene a todo lo que ultra y extra petita resulte probado y al pago de las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el actor nació el 12 de agosto de 1959 y en el mes de julio de 1977 se afilió al ISS donde efectuó aportes hasta el mes de enero de 1996 para un total de 879,71 semanas de cotización.

Que en diciembre de 1996 le ofrecieron la opción de trasladarse al RAIS asegurándole que tendría mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional ya que el RAIS le permitiría acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el ISS y en cuantía muy superior, pues en el ISS sería reformado el régimen y se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional lo que reduciría considerablemente la tasa de reemplazo no obstante que conocía las condiciones laborales del actor, omitiendo informarle las implicaciones que el

¹ Archivo 4 FS. 1-22 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

traslado de régimen le acarrearía ni el capital que debía acumular para obtener la pensión.

En febrero de 2001 el asesor de la AFP PROVENIR S.A. le ofrecieron el traslado de régimen asegurándole que sin duda mejorarían su condición pensional reiterando los supuestos beneficios del cambio de fondo, pero sin suministrar la información respectiva, por lo que ante la expectativa generada suscribió el formulario de afiliación.

Que realizada la proyección de la pensión se indicó que a los 62 años el actor tendría en el Fondo una mesada de \$2.017.900, mientras que el RPM sería de \$3.969.900 de lo que se concluye que la información suministrada al actor estaba errada.

Informa que el 3 de julio de 2020 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen con fundamento en la nulidad de la afiliación al RAIS sin que a la presentación de la demanda haya recibido respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda; manifestó que no le constan los demás hechos y propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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 C.P., buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las todas las pretensiones. Aceptó la afiliación al Fondo y las relacionadas con la documental allegada, manifestó que no son ciertos

² Archivos 13 fs. 77-202, archivo 12 fs. 1-19 y archivo 10 f. 1-43Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

o no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Por su parte la AFP COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda; manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda, salvo el de afiliación al fondo. Propuso como excepciones de fondo 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de febrero de 2023 (archivo 25 y 26), declaró la ineficacia de los traslados del RPM al RAIS efectuados por el demandante a los fondos demandados y declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas de dinero que recibió por concepto de cotizaciones con los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de garantía de pensión mínima, los cuales deberán ser pagados debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del actor al RPM y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, indicó que la obligación de dar asesoría e información al afiliado existía desde el momento en que se creó el régimen de ahorro individual con la expedición de la Ley 100 de 1993 y acorde con la jurisprudencia, la carga de la prueba se encontraba en cabeza de las AFP demandadas, sin que se allegara al respecto otra prueba que el formulario de afiliación, lo que no constituye prueba de la información dada al afiliado, pues si bien el actor manifestó que le dijeron que podía adquirir la pensión en forma anticipada no le informaron los requisitos que debía cumplir para obtenerla, por lo que consideró que existió una conducta omisiva por parte de los fondos y no se acreditó la existencia de un consentimiento informado. En consecuencia, el traslado no podía

producir efecto alguno, sin que para ello fuera necesario que el afiliado tuviera una expectativa legítima frente al derecho pensional.

Acorde con lo anterior, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor del RPM al RAIS, el traslado horizontal efectuado con posterioridad y declaró que el actor estuvo siempre afiliado al RPM. Ordenó a los fondos demandados a trasladar a COLPENSIONES lo saldos existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y sin descontar sumas alguna por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, los cuales deben devolverse debidamente indexados y asumidos por los Fondos con sus propias utilidades, con lo que no se veía afecta la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a los fondos demandados.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. no interpuso recurso de apelación

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia por cuanto para la época del traslado de régimen no era exigible conservar una documental más allá del formulario de afiliación y porque el demandante alega su propia culpa, pues contaba con las condiciones necesarias para conocer como consumidor financiero las consecuencias del acto jurídico que estaba realizando.

Si se declara la ineficacia, solicita no se condene al pago de la devolución de los descuentos realizados, pues estos dineros no están destinados a financiar la pensión del actor y no tiene sentido conforme a las normas legales, que se ordene devolver las sumas que invirtió el fondo para incrementar el capital y que se agotaron por haber sido destinadas a la administración de la cuenta. Respecto de la indexación de los descuentos efectuados, considera que se trata de una doble condena pues se reconocieron rendimientos que no se habrían causado en el RPM por lo que estos no se han visto afectados por la inflación.

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación argumentando que se debe revocar la sentencia pues no se tuvo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico por lo que la sentencia no puede producir efectos jurídicos en su contra y por ello no se puede condenar a COLPENSIONES a recibir al afiliado ya que afecta el sostenimiento financiero y la reserva presupuestal de

COLPESNIONES; además el demandado se encuentra dentro de la prohibición por edad para regresar al RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por 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 **RICARDO ANTONIO NIÑO TORRES** al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, junto con las consecuencias propias que de ello se derivan, entre ellas la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde a los Fondo de Pensiones demandados, quienes dieron la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, 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 la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante, lo que en este caso no cumplieron las AFP demandadas.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A. el 24 de enero de 1996 conforme**

al reporte de ASOFONDOS (f. 22 archivo10) a la FP PORVENIR S.A. el 30 de abril de 2001 (f. 44 archivo12) 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 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 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 por primera vez 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.

Del interrogatorio del demandante **RICARDO ANTONIO NIÑO TORRES** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que: “el 24 de enero de 1996 los reunieron en la empresa para una asesoría, en una reunión general, donde recibieron una información por parte del asesor del fondo que le indicó que el ISS se iba acabar y que en el fondo tendría la opción de adquirir una pensión anticipada, pero sin otra información por parte del Fondo al momento del traslado respecto a la cuenta de ahorro individual y que el asesor de PORVENIR le dijo que en dicho fondo tendría mejores opciones y que por estar el ISS próximo a liquidarse no podía regresar” (Min. 12,23 audio audiencia del 6-02-23).

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

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante al RPM 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, generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

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

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

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, 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).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados, 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. (...)"

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, en la que se indicó:

*"También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación n.º 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negrillas fuera de texto).*

Respecto a que el demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la parte demandante lo que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirma en todas sus partes la sentencia objeto de recurso.

Costas en esta instancia a cargo de las AFP PORVENIR y COLPENSIONES por cuanto no prosperaron los recursos interpuestos. 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,

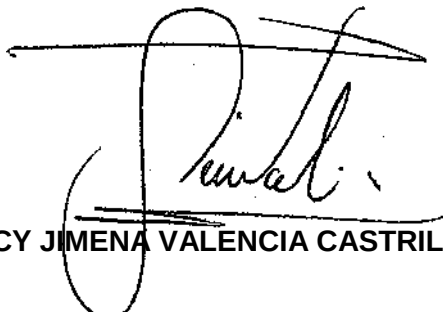
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-015-2018-00344-01
DEMANDANTE:	PLINIO AUGUSTO HERRERA OYUELA
DEMANDADO:	ASESORES EN DERECHO S.A.S. Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 1º de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Relación laboral-Cálculo actuarial
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, diecinueve (19) de mayo 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 el DEMANDANTE, la FIDUPREVISORA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA ARMANDA NACIONAL, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad en lo que no fue materia de apelación, respecto de la sentencia del 1º de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **PLINIO AUGUSTO HERRERA OYUELA** contra **ASESORES EN DERECHOS SAS** en su calidad de mandataria con representación de la **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. LIQUIDADA**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del **FONDO NACIONAL DE CAFÉ**, la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA** con radicado No. **11001-31-05-015-2018-00344-01.**

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende de manera principal se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada; en consecuencia, se condene a Asesores en Derecho S.A.S. en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada a expedirle la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en dicha compañía, del 7 de junio de 1.977 al 21 de junio de 1.990; se condene a la Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a pagar a Porvenir S.A. el título pensional o el cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo en referencia; se condene a Porvenir S.A. a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante para efectos de la pensión de vejez, así como el período servido a la Armada Nacional como entidad incorporada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; condenar a la AFP Porvenir S.A. a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir del 13 de agosto de 2016; se condene a las demandadas a reconocer y pagar a su favor los perjuicios morales y materiales, bajo la modalidad de daño emergente y lucro cesante por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial, así como de la pensión de vejez, estimados en 100 SMLMV; condenar a Porvenir S.A. a reconocer y pagar a su favor los intereses moratorios de que trata el artículo

¹ Folios 773 a 787 Expediente físico.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

141 de la Ley 100 de 1993, desde el 13 de agosto de 2016; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho.

De manera subsidiaria persigue que, se declare la responsabilidad subsidiaria de las obligaciones pensionales del actor, en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. o frente a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público como titular jurídico de la cuenta Fondo Nacional del Café. En consecuencia, se condene a la Federación Nacional de Cafeteros o al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar a Porvenir S.A. el título pensional o el cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana, e igualmente, condenar a Porvenir S.A. a reliquidarle su pensión de vejez desde el 13 de agosto de 2016, teniendo en cuenta el mayor valor generado por el título pensional o el cálculo actuarial que le corresponde por los tiempos laborados en la Flota Mercante y en la Armada Nacional, con la debida indexación.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó en lo que interesa a la alzada, que tiene 64 años; laboró para la Armada Nacional, entidad incorporada al Ministerio de Defensa Nacional, ente que no ha pagado el bono pensional por el tiempo de servicios prestados desde el 15 de enero de 1973 hasta el 5 de junio de 1976, pese a que solicitó su expedición, misma que no le fue contestada; laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido del 7 de junio de 1977 al 21 de junio de 1990, lapso frente al cual la compañía en mención no efectuó los aportes a pensiones; fue miembro de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE OFICIALES DE LA MARINA MERCANTE COLOMBIANA-ASOMMEC beneficiándose de las cláusulas convencionales y los laudos arbitrales; desempeñó como último cargo, el de Segundo Oficial y su salario mensual se encontraba constituido por un básico de US 882.18, una prima de antigüedad del 18% US 270.60, sobre remuneración de US 636.67, salario en especie (alimentación y alojamiento) de US 213,14, e incidencia de las primas

extralegales, para un salario promedio de US 2.169,49 equivalente a \$1.083.812 para el 21 de junio de 1990.

Agregó que se encuentra afiliado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sociedad que no ha reclamado el bono pensional correspondiente al tiempo laborado en la Armada Nacional, ni el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo de servicios prestados a favor de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; cotizó a Porvenir S.A. a través de otras empresas privadas un total de 1.002 semanas; presentó reclamación administrativa el 23 de agosto de 2017 ante Asesores en Derecho S.A.S., la Federación Nacional de Cafeteros, la Fiduprevisora y la AFP Porvenir S.A., lo cual también realizó el 22 de agosto de 2017 ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que ha sufrido múltiples perjuicios morales y materiales por la falta de expedición del bono pensional, pues ello le ha retrasado el reconocimiento de la pensión de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ASESORES EN DERECHO S.A.S.²

La demandada Asesores en Derecho S.A.S. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que actúa solo como mandataria en representación de Panflota, por manera que no cuenta con representación legal, ni con capacidad para ser parte y comparecer al proceso en representación de una persona jurídica inexistente, como es el caso de la CIFM, aunado a que al demandante no le asiste el derecho al pago del cálculo actuarial, puesto que durante el período en que presuntamente existió la relación laboral que alega, no existía para la extinta compañía la obligación de afiliar a los trabajadores marítimos, pues el ISS sólo asumió la cobertura de los riesgos de IVM, a partir del 15 de agosto de 1.990, conforme a la Resolución 03296 del 2 de agosto de 1.990, mediante la

² Folios 806 a 827 expediente físico.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

cual se efectuó el llamado de las agencias y empresas del sector marítimo para la afiliación y cotización respectiva.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CFIM cerrada el ISS no había asumido los riesgos de IVM, ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, cosa juzgada, inexistencia de la obligación, oposición a la condena en costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante y la genérica.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A.³

La demandada FIDUPREVISORA S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no asumió la posición, ni es el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, ya que solo administra los recursos transferidos por la Federación Nacional de Cafeteros, acotando que las obligaciones de la Fiduciaria emanan del contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0138, por manera que su capacidad se encuentra enmarcada en el contenido del mismo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de Fiducia Mercantil, inexistencia de la obligación, responsabilidad de la matriz, inexistencia de relación jurídica, inexigibilidad de la prestación y la genérica.

LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.⁴

El ente Ministerial se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que conforme a su sistema interactivo, el demandante se encuentra afiliado al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A.,

³ Folios 846 a 860 expediente físico.

⁴ Folios 916 a 938 expediente físico.

siendo dicha administradora la encargada de adelantar las gestiones que resulten pertinentes para lograr la recuperación y consolidación de la historia laboral válida para bono pensional del actor, dado que conforme a la información reportada tanto por el Presidente de Colpensiones como por la misma AFP, el actor no tendría derecho a bono pensional, toda vez que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para el efecto, al no advertirse un solo día de historia laboral válida para la liquidación de este beneficio.

Añadió que será el liquidador de la CIFM el que deba adelantar diligentemente las operaciones necesarias para obtener la liquidez que permita la atención oportuna de las obligaciones pensionales, no así la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque con base en el Parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, ratificado expresamente por la Corte Constitucional para las obligaciones pensionales de la Flota Mercante, en la sentencia SU-1023 de 2001, media una presunción de responsabilidad económica subsidiaria a cargo del Fondo Nacional del Café administrado por la Federación Nacional de Cafeteros, como entidad controlante o matriz dentro del proceso de liquidación obligatoria de la CIFM.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de integración del litisconsorcio necesario, indebida vinculación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y la genérica.

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.⁵

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el actor nunca fue trabajador de la entidad gremial, y por tanto, no hay lugar a que se acceda a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento fáctico y legal, en especial lo

⁵ Folios 946 a 990 expediente físico.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

relacionado con cualquier derecho pensional. Añadió que no se configuran la totalidad de los elementos de la responsabilidad subsidiaria, aunado a que en el curso del proceso se desvirtuará el hecho que la liquidación de la CIFM fue consecuencia de una decisión de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, afirmación que resulta totalmente ajena de la realidad y carente de sustento fáctico.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación y la genérica.

PORVENIR S.A.⁶

Mediante auto del 2 de septiembre de 2020 el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PORVENIR S.A.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL⁷

Mediante auto del 15 de octubre de 2021 el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte del litisconsorcio necesario MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de septiembre de 2022, declaró que entre el demandante y la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante entidad liquidada, existió un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 7 de junio de 1977 y el 21 de junio de 1990; ordenó a Porvenir S.A., realizar el correspondiente cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión del accionante dejados de realizar por el período

⁶ Folios 1046 expediente físico.

⁷ Folios 1095 expediente físico.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

comprendido entre el 7 de junio de 1.977 y el 21 de junio de 1990, para lo cual tendrá en cuenta como último salario devengado la suma de \$665.070; ordenó a la demandada Asesores en Derecho S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de Panflota que proceda a emitir la respectiva resolución a través de la cual se ordene reconocer y transferir a Porvenir S.A. el valor correspondiente a ese cálculo actuarial a favor del actor; condenó a Fiduciaria la Previsora S.A. en su condición de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo Panflota a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión por el período comprendido del 7 de junio de 1.977 al 21 de junio de 1.990 a satisfacción de Porvenir y conforme al valor del cálculo que este realice, así como el reconocimiento que haga Asesores en Derecho S.A.S.; declaró que la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, es subsidiariamente responsable de pagar el valor del cálculo actuarial por el tiempo servido por el actor a la Flora Mercante Grancolombiana y conforme a la liquidación elaborada por Porvenir S.A. y el reconocimiento que haga Asesores en Derecho S.A.S.; absolvió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones de la demanda; ordenó a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional a liquidar y pagar el correspondiente bono pensional por el período laborado por el actor a su servicio entre el 11 de enero de 1.973 al 31 de mayo de 1.976 a satisfacción de la AFP Porvenir S.A. para lo cual se tendrá en cuenta el salario que el demandante devengó en el cargo desempeñado para ese momento en la Armada Nacional, debiendo Porvenir hacer los trámites ante dicha entidad para efectos del reconocimiento del bono pensional, para lo cual el actor deberá firmar la correspondiente historia laboral; ordenó a Porvenir S.A. que una vez reciba el valor del cálculo actuarial proceda a reliquidar la prestación de vejez del actor, reconociéndole desde ese momento el mayor valor que corresponda conforme al incremento que implique la cuenta de ahorro individual del accionante, condenó en costas a Asesores en Derecho S.A.S., Fiduciaria la Previsora, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la Nación Ministerio de Defensa Armada Nacional.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que, se encuentra acreditado con las documentales obrantes en las diligencias, que entre el actor

y la Compañía de la Flota Mercante Grancolombiana existió un contrato de trabajo desde el 7 de junio de 1977 hasta el 21 de junio de 1997, en virtud del cual el actor se desempeñó en el cargo de tercer oficial de entrenamiento con salario promedio de US 314,16, el cual terminó por mutuo acuerdo entre las partes. Agregó que conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia SL699-2022, el empleador debe asumir el cálculo actuarial correspondiente a períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuviera obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, por lo que procede el cálculo reclamado en el *sub judice*.

Señaló que el salario base para liquidar el mismo debe considerar el último salario devengado a la data del retiro, conforme a lo definido en el Decreto 1887 de 1994 y la posición de la Corte Suprema de Justicia, el cual para el caso del actor asciende a US203, que al aplicar la tasa de cambio para el año 1990, equivale a \$996.111, sin embargo, la alta Corporación indicó que conforme al Decreto 2610 del año 1989, que previó unos topes máximos o categorías de cotización, de considerarse para el caso la categoría 51 que implica un salario máximo asegurable de \$665.070, siendo este salario como tope establecido, el que habrá de tomarse como base para la liquidación del cálculo actuarial, para lo cual Porvenir deberá proceder a su elaboración, siendo de cargo de la demandada Asesores en derecho S.A.S. la expedición de la Resolución que reconoce el mismo a favor del actor, para que posteriormente la Fiduprevisora proceda a su pago como vocera y administradora del patrimonio PANFLOTA.

Dijo que tiene lugar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, de acuerdo a la sentencia SU 1023 de 2001, la cual se puede establecer de forma definitiva por los jueces ordinarios en cada caso concreto, posición que se acompasa con la sentencia SL471-2019 y el artículo 148 de la Ley 222 de 1.995, precisando que esa responsabilidad opera en la medida en que se agoten los recursos con que cuenta la Fiduprevisora, en virtud del encargo fiduciario para el pago del cálculo actuarial.

Precisó que, lo dicho en precedencia involucra una garantía para el pago de la condena a que hay lugar, y es por ello que, no debe imponerse ninguna orden a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Manifestó que se encuentra acreditada la prestación de los servicios del actor ante la Armada Nacional, quien certificó que ello tuvo lugar entre el 8 de enero de 1973 y el 31 de agosto de 1976, como cadete mercante, de manera que procede el reconocimiento del cálculo actuarial por tal período conforme al salario devengado por el convocante en el mentado cargo, pues esa información no reposa en las diligencias, pero si es de conocimiento de la Armada. Sobre este punto aclaró, que ese tiempo de servicios debe reconocerse a través de la figura del bono pensional.

Dijo que no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, dado que tanto el demandante, como Porvenir S.A., aceptaron que tal prestación ya le fue reconocida, por lo que debe darse paso a su reliquidación, una vez la AFP reciba los dineros provenientes del cálculo actuarial reclamado, pues solo a partir de ese momento se puede hablar de la existencia de un mayor valor, lo cual impide el reconocimiento de los intereses moratorios, máxime que Porvenir S.A. no es responsable de la falta de afiliación del actor por parte de su empleador.

Concluyó que no puede emitirse condena a título de perjuicios, toda vez que el demandante no acreditó la causación de ningún daño, conforme así lo exige el artículo 167 del CGP.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación, aduciendo que la Corte Suprema de Justicia no ha aclarado el tema del salario a considerar para esta clase de procesos, pues no debe pasarse por alto que en el *sub judice* interviene un fondo privado, acotando que la jurisprudencia si ha sido clara en indicar que las normas aplicables son las vigentes a la fecha en que se causa la obligación, que para el caso lo fue en el año 2016, por manera que

ya no operan las tablas del Seguro Social, porque el actor está afiliado a la AFP Porvenir S.A.

Agregó que dentro de la sentencia SL1042 de 2019, en la que fue Magistrada Ponente la Dra. Elcy del Pilar Cuello, el Dr. Fernando Castillo Cadena puso de presente que la Corte se encuentra en mora de determinar varios aspectos del salario base liquidación, pues el artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994, fue declarado inexecutable por la sentencia C 734 de 2005, pero dejó a salvo los derechos adquiridos de los trabajadores que estaban en su momento afiliados, como es el caso del señor demandante. Añadió que el Dr. Castillo Cadena indicó que a la luz del artículo 76 del Decreto 3063 de 1989 el Seguro Social debía certificar el salario devengado mes a mes por el trabajador, lo cual no se cumplió en este caso, porque se aportaron las nóminas incompletas, omisión que conlleva a la remisión de las Convenciones Colectivas y a las pocas sábanas obrantes en el expediente, para considerar el último salario devengado como salario de referencia para realizar el cálculo actuarial, conforme a la norma aplicable al actor, que es el Decreto 1887 de 1994 y el Decreto 1299 de similar año, pues esta última norma la expidieron para lograr el traslado de los trabajadores a los fondos privados, y posteriormente declararla inexecutable, de suerte que no es atendible la tesis de la Corte Suprema de Justicia, relativa a que se deben dar aplicación a las tablas del Seguro Social.

En ese orden, señaló que conforme a la liquidación final de prestaciones sociales y revisando la Convención Colectiva de 1.988, se tiene que el actor devengó como salario básico mensual US880,18, la prima de antigüedad del 18% que equivale a US270, la sobre remuneración fija mensual establecida desde el año 1988, que asciende a US667, la alimentación y alojamiento por US 213, las primas extralegales de servicios que son 2 salarios en junio y en diciembre, de las cuales constituyen salario, 45 días en junio y en diciembre, conforme al artículo 127 de la Convención Colectiva de Trabajo y la jurisprudencia de la Corte Suprema del año 1977, aunado a que en el pacto de Nueva York, se estableció que el 8,33% es salario para todos los efectos, concluyendo que el salario de referencia al 21 de junio de 1990 equivale a

\$1.083.812, en cumplimiento del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994 y la sentencia C-734 de 2005, para efectos de efectuar el cálculo actuarial ordenado por el A quo.

De otro lado, dijo que no es procedente absolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que en el artículo 4º de la Ley 66 de 1.942, se estableció que las deudas insolutas del Fondo Nacional del Café o de sus inversiones, serían pagadas por el Estado Colombiano, aunado a que en el concepto 1307 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se indicó que el pasivo pensional de la Flota Mercante debe ser asumido por la Nación, una vez terminada la liquidación.

Señaló que debe reconocerse la reliquidación de la pensión del demandante desde el 13 de agosto de 2016, dado que la AFP Porvenir S.A. al recibir el valor del cálculo actuarial, sería receptora de un excedente que es superior a los \$1.200.000.000, que es suficiente para el efecto, y que debió ser tenido en cuenta por la AFP al momento de reconocer la prestación del convocante, pues no hizo la consolidación de su historia laboral, como así era su obligación, conforme emana de la sentencia SL2798-2022, siendo claro que obró de mala fe en su omisión, al ser conocedora de los tiempos laborados por el trabajador, lo que de paso, da lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las diferencias pensionales generadas a favor de este, los cuales se causan en cualquier caso, conforme a la sentencia SL1681-2020.

Concluyó que por todo lo expuesto, la AFP Porvenir también debe ser condenada en costas, dado que no cumplió con todas sus obligaciones legales, que se encuentran juiciosamente discriminadas en la sentencia SL2798-2022.

Por su parte, la demandada **FIDUPREVISORA S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo que de acuerdo con lo señalado en el contrato de fiducia mercantil, la condena impuesta por el Juzgado de Conocimiento a título de cálculo actuarial, escapa del objeto del mismo, toda vez que el patrimonio

autónomo que nació como consecuencia del encargo fiduciario, solo puede ser destinado al pago de mesadas pensionales y contingencias jurídicas que de manera expresa se hubieren entregado a la Fiduprevisora.

Añadió que el objeto del contrato fue establecido en el siguiente tenor: *“El objeto del presente contrato es la constitución de un patrimonio autónomo por parte de la Fiduciaria, el cual se le denominará Fideicomiso PANFLOTA con los recursos y bienes que le sean transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del presente contrato y los recursos que posteriormente le sean transferidos acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la Fiduciaria administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la Flota, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetos”*, por manera que, conforme a la obligación expresa que surgió en cabeza de la Fiduciaria se ciñó al pago de mesadas pensionales a los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, lo cual no puede hacerse extensivo al pago de títulos pensionales o cálculos actuariales, máxime si se tiene en cuenta que en la única modificación que se introdujo en el otro sí número 1, incluyó únicamente el pago de aportes con destino al Sistema de Salud a través de las EPS.

Adujo que conforme a la sentencia SU 1023 de 2001, es la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, la llamada a responder de manera directa por las condenas impuestas, en virtud de la responsabilidad subsidiaria. Concluyó indicando que conforme al artículo 366 del CGP, la condena en costas no procede en contra de la Fiduciaria, toda vez que no se encuentra demostrada de manera objetiva su causación, aunado que al ser un vehículo para el pago, no ha vulnerado derecho alguno de la parte activa, siendo su defensa sustentada únicamente en argumentos eminentemente jurídicos.

A su turno, la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, formuló recurso de apelación, manifestando que, en el caso bajo estudio no procede reconocer la responsabilidad subsidiaria en cabeza

de la entidad, toda vez que la sentencia SU 1023 del año 2001, no puede servir de regla de decisión para las presentes diligencias, porque es producto de una contingencia que protegió a un grupo poblacional particular, esto es, a los pensionados de la Compañía de la Flota Mercante Grancolombiana, mismo al que no pertenece el demandante, y por tanto, no puede verse beneficiado por las medidas tomadas por la Corte Constitucional, menos aun cuando dicha autoridad judicial fue clara en delimitar en las órdenes proferidas en dicha decisión, las cuales fueron de carácter transitorio y no implicaron la responsabilidad que le pudiera corresponder a la Federación como entidad matriz de la Flota Mercante a la luz del artículo 148 de la Ley 222 de 1995. En ese orden, dijo que en el marco del proceso ordinario se debe realizar el estudio detenido y pormenorizado, sobre la concurrencia de la responsabilidad subsidiaria en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el cual fue omitido por el Juzgado de Conocimiento, pese a que de las pruebas obrantes en el proceso, esa responsabilidad se avizora derruida, lo cual se soporta también en el concepto de radicación 1307 proferido el 15 de febrero de 2001 por la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado.

Dijo que en el presente caso, no es procedente la habilitación de tiempos laborados por el accionante y no cotizados, toda vez que la relación laboral respecto de la cual ello se reclama, se ejecutó entre el año 1977 y el 21 de junio de 1990, siendo claro que sobre ese interregno no es aplicable la Ley 100 de 1993, al no encontrarse vigente, menos aun cuando a la fecha del finiquito laboral el convocante no tenía consolidada ninguna expectativa pensional de conformidad con el régimen que le era aplicable, y por tanto, su empleador no quedó pendiente de reconocer ninguna obligación pensional a su favor, por manera que no puede imponérsele una carga superior a la que se encontraba a su cargo conforme a la normatividad vigente.

Señaló que la jurisprudencia ha permitido la habilitación de tiempos de servicios por falta de afiliación del trabajador al Sistema General de Pensiones, en casos en los cuales se ha buscado la consolidación del derecho pensional, lo cual no se ajusta a la situación fáctica aquí planteada, porque el actor ya

goza de su derecho a la pensión de vejez, acotando que la jurisprudencia no ha desarrollado la hipótesis en relación con las reliquidaciones pensionales.

Añadió que en caso de considerar el Tribunal la procedencia de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, debe modularse la decisión opugnada, puesto que la entidad ha concurrido al proceso como administradora del Fondo Nacional del Café, y por tal razón se encuentra limitada a la destinación de la mencionada cuenta parafiscal, debiendo someterse a lo pactado en el contrato de administración que suscribió, destacando que en las sentencias T-435 de 2014, T-543 de 2015 y T-281 de 2020, se ha dejado sentado que la situación acaecida ha tenido lugar por una imprevisión de la administración, que se tornó en una omisión reglamentaria, la cual implicó que el llamado a la afiliación en el caso de la Flota Mercante se postergara hasta el año 15 de agosto de 1990, por manera que no hay un proceder de mala fe u omisivo de los empleadores, y por tanto, no se puede hacer uso del cálculo actuarial previsto en el Decreto 1887, ya que el mismo reviste una connotación sancionatoria que no se ajusta al caso que ocupa la atención, debiéndose buscar alternativas que propugnen por una redistribución de las cargas, a fin de ofrecer una solución justa en las presentes diligencias.

Así, manifestó que debe considerarse el descuento del porcentaje de cotización atribuible al demandante, atendiendo a que desde el Decreto 3041 de 1966 ya se establecían cargas de cotización para el trabajador, o debe tenerse en cuenta como salario base para efectuar el cálculo actuarial, el último salario devengado, revisando los factores que son de naturaleza salarial, pues en las diligencias se consideraron valores que no se demostraron como constitutivos de salario, porque no se comprobó que fueran una contraprestación directa de los servicios del demandante, acotando que de los instrumentos colectivos no se encuentra pactada su naturaleza salarial, pues aunque el empleador y la organización sindical, pudieron definir que ciertos pagos tenían esa connotación para el reconocimiento de prestaciones sociales, no lo hicieron para aportes a pensiones.

Manifestó que en todo caso, deben respetarse las tablas de categorías y cotización que imponían topes de salario máximo asegurable, pero considerando no solo lo previsto en el Decreto 2610 de 1989, sino las aplicables para cada uno de los períodos de labores realizadas por el demandante, aunado a que se debe buscar un medio de financiación distinto al cálculo actuarial para esta eventual validación de tiempos de servicios, porque el contrato de trabajo del actor no se encontraba vigente al 23 de diciembre de 1993, además, porque las operaciones contenidas en el Decreto 1887 aplican para trabajadores que seleccionen el RPM, que no es el caso del actor; sumando a ello que, se debe autorizar el descuento de los días de licencia no remunerada, sanciones o suspensiones, que para el caso del señor Herrera Oyuela, fueron en total 80 días, pues no existió prestación de los servicios, y por ende, no hay lugar a pago de cotización alguna, debiéndose modificar que el pago del cálculo actuarial se haga a través del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, como así quedó definido después de la extinción de la Flota Mercante.

Concluyó solicitando que se absuelva de la condena en costas, toda vez que la misma atendió la aplicación de un precedente jurisprudencial, y por ende, no obedeció a una conducta omisiva de la entidad, ni en el incumplimiento de un deber legal, radicado en cabeza suya.

Finalmente, el **MINISTERIO DE DEFENSA ARMADA NACIONAL**, solicitó que se revoque la condena en costas en su contra, teniendo en cuenta que el reconocimiento del bono pensional a favor del actor, es un trámite interadministrativo, aunado a que este no fue un trabajador de la entidad, sino un cadete, cuyo servicio se asemeja a la prestación del servicio militar.

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 Juez de conocimiento, los recursos de alzada impetrados y el estudio del grado jurisdiccional de consulta concedido favor del Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*: primero, definir si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial a su favor por los tiempos laborados al servicio de la Compañía la Flota Mercante Grancolombiana en Liquidación; segundo, determinar el salario base para la liquidación del cálculo actuarial, junto con los factores salariales que lo componen; tercero, establecer si es procedente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, así como la responsabilidad que le asiste a la Fiduciaria La Previsora S.A. en virtud del contrato de fiducia mercantil y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; cuarto, definir si el Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional debe reconocer a favor del actor el bono pensional por el período en el que se desempeñó a su favor como cadete mercante; quinto, si la pensión de vejez del actor debe ser reliquidada por la AFP Porvenir desde el 13 de agosto de 2016, y por ende, si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las diferencias pensionales que se generen; sexto, si es procedente la condena en costas a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., el MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL y la AFP PORVENIR S.A..

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el demandante prestó sus servicios a favor de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombia del 7 de junio de 1977 al 21 de junio de 1990, desempeñando como último cargo el de Segundo Oficial, relación que terminó por renuncia voluntaria, como se observa en la liquidación de salarios visible a folio 725 del

expediente físico. 2. Que conforme a certificación obrante en la página 11 del archivo 01399098 carpeta 36 del ED, el actor perteneció a la Escuela Naval Almirante Padilla en calidad de Cadete Mercante desde el 8 de enero de 1.973 hasta el 31 de mayo de 1.976.

CÁLCULO ACTUARIAL

A efectos de resolver el problema jurídico relacionado con el reconocimiento a favor del actor del cálculo actuarial por los tiempos laborados al servicio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana en Liquidación, ha de indicarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estudiado el tema del pago de títulos pensionales por los períodos no cotizados cuando no había cobertura del ISS; así, en principio consideró que no es procedente el mismo por los ciclos no cotizados cuando no había cobertura del ISS.

Posteriormente, manifestó que era viable el reconocimiento de los tiempos respecto de los cuales no medió afiliación del trabajador al Sistema General en Pensiones, condicionado a que la relación laboral estuviera vigente al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, siendo modificado dicho criterio, en la sentencia del 16 de julio de 2014, radicación 41.745, momento a partir del cual la Alta Corporación consideró que el empleador está en la obligación de pagar a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, a través de un cálculo actuarial, las cotizaciones que corresponden a los períodos laborados por este, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando no tenían la obligación de afiliarlos, sin que ello esté condicionado a que la relación laboral se encuentre vigente al momento de la entrada de la nueva ley de seguridad social; para un recto entendimiento se traen a colación algunos apartes de dicha providencia:

“...Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos períodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social...”

Tesis que ha venido siendo ratificada en innumerables decisiones tales como la SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107, la SL7884- 2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015, la SL16086-2015 de 20 de octubre de 2015, radicado 54226 y la sentencia SL7647-2015, del 1º de julio de 2015 rad.59027. SL1358-2018- CSJ SL14388 - 2015 -CSJ SL2138 - 2016 – CSJ SL18398 - 2017 – CSJ SL361 – 2018 – CSJ SL287 – 2018, entre otras, sin que sea atendible el argumento de la Federación Nacional de Cafeteros, relativa a que el mentado criterio solo tiene lugar para casos en que el afiliado aún no ha consolidado su derecho pensional, pues en

la sentencia SL3470-2022, la Corte Suprema de Justicia consideró que era procedente el reconocimiento del cálculo actuarial por aquellos lapsos de tiempo en los que el trabajador le haya servido al empleador y concurra la omisión de su afiliación, pese a que el demandante ya tenía reconocida su pensión de vejez por parte de la AFP Porvenir, como así emana de los antecedentes de la aludida decisión.

Lo anterior, dado que el empleador no puede ser ajeno a las circunstancias específicas en que se encontraba el trabajador, por cuanto el ordenamiento jurídico generó a cargo suyo una situación que le es sumamente desfavorable y que a la luz de los principios que rigen el ordenamiento jurídico resulta inequitativa. Por tanto, como el cálculo actuarial pretendido se encuentra íntimamente ligado al derecho a la seguridad social del demandante, con independencia de que en la actualidad ya haya consolidado su derecho a la pensión de vejez, hay lugar a ordenar su pago, lo cual surge en palabras de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo, máxime si se tiene en cuenta, que la Ley 90 de 1946 impuso a los patronos la obligación de mantener a sus trabajadores cobijados por el sistema pensional propio de la empresa particular, hasta tanto el ISS no asumiera el riesgo y a mantener una reserva de capital para el pago de pensiones.

Conforme a lo anterior, es válido sostener en el presente asunto que, como nunca fue concretada la subrogación del riesgo en cabeza del ISS respecto de la otrora Flota Mercante, ésta conservó la obligación de mantener la reserva de capital para el eventual pago de la pensión del actor, pero como ello no ocurrió, el empleador debe destinar un título con el mismo objeto, y es por ello que, a juicio de esta Sala la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada en este puntual aspecto.

Ahora bien, cumple advertir que a partir del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997, se dispuso que en el evento de la

omisión del empleador en la afiliación de sus trabajadores a partir de la vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme lo señala el Decreto 1887 de 1994.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte también ha enseñado que la solución común a todos los casos en que se ventile la omisión del empleador, independiente de la razón por la que acaeció, es precisamente, que aquel reconozca esos tiempos de servicios con el valor del título pensional respectivo, lo cual se puede constatar en la sentencia SL068-2018, en la que se reiteran las sentencias SL14388-2015 y SL3547-2018.

Inclusive, la Alta Corporación ha dado paso al reconocimiento de la reserva actuarial o el título pensional calculado conforme lo señala el Decreto 1887 de 1994, en casos en los cuales los reclamantes se encontraban afiliados al RAIS, como es el caso de la sentencia SL-3470-2022 y SL631-2023, por lo que no tiene cabida el argumento de la Federación Nacional de Cafeteros, relativa a que tal figura no se aplica al presente caso, al tener alcance únicamente respecto de trabajadores afiliados al RPM.

Por tanto, no hay duda para la Sala que el actor tiene derecho al reconocimiento de los tiempos de servicios que prestó a favor de la Flota Mercante hasta el año 1990, mediante el traslado de la reserva actuarial, la cual no puede considerar únicamente la proporción del aporte que le correspondía al empleador, como así lo propone la Federación Nacional de Cafeteros en su alzada, toda vez que durante la época en que laboró el señor demandante, la pensión se encontraba a cargo del empleador y a este le correspondía asumir la totalidad, ya que no se exigía cobro de cotizaciones a los trabajadores, lo cual ha sido considerado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL646-2013 y SL1480-2018.

SALARIO BASE

En punto al salario base que debe considerarse a efectos de liquidar el cálculo actuarial, se observa que tanto el demandante como la Federación Nacional de Cafeteros presentan claros desacuerdos, porque mientras que el actor considera que se debe tener en cuenta el último salario devengado, incluyendo como factores el sueldo básico, la sobre remuneración, los auxilios de alimentación y alojamiento, la prima de antigüedad y las primas extralegales de servicios, frente a lo cual además no se debe tomar en cuenta el monto máximo asegurable; la Federación Nacional de Cafeteros, por otra parte, considera que el salario base no debe incluir esos factores, al no estar probado que constituyan salario, y en todo caso, debe atenderse el monto máximo asegurable.

Sobre el punto, ha de anotar la Sala en primer lugar, que una vez revisada la hoja de liquidación por retiro del demandante (página 25 archivo 02 cd 915 del ED), existe claridad en cuanto a que, a la data del finiquito laboral, que lo fue el 21 de junio de 1990, el sueldo básico del actor ascendía a la suma de US898, la sobre remuneración equivalía a US650, los auxilios de alimentación y alojamiento equivalían a US216, e igualmente, la prima de antigüedad ascendía a US278,64, resultante de obtener el 18% al sueldo básico y a la sobre remuneración, siendo del caso anotar que la sumatoria de solo el salario básico y la sobre remuneración, arrojan un total de US1.548, que a la fecha del finiquito laboral equivalen a \$769.836, conforme a la tasa representativa promedio del mes de junio de 1990, que lo era \$497,31.

En lo que hace puntualmente a los reproches que sobre tal aspecto formularon las partes, cumple recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema. A su vez, el artículo 117 del mismo canon señala que para determinar el valor de los bonos se debe establecer una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, tomando para efectos

del cálculo, entre otros factores, el salario "*base de cotización*" a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de esa data, si se encontraba cesante.

En lo que hace referencia a los títulos pensionales, aquellos son pagarés expedidos por las empresas que tenían a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Decreto 2222 de 1995, mismos que tendrán las características de los bonos pensionales a que hace alusión el Decreto Ley 1299 de 1994, tal como lo dispuso el artículo 6, por lo que su base salarial será igual a la del citado artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, para determinar el salario base del bono pensional (cuyas características deben ser tomadas también para los títulos pensionales) del demandante antes del 30 de junio de 1992, dado que para esa fecha el vínculo laboral con la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S.A. ya se encontraba fenecido, debe calcularse tomando como referencia el salario máximo asegurable para el año de 1992, pues la disposición aplicable a efectos de liquidar el monto del bono o título pensional no es otra que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Cabe aclarar que en torno a la discusión que giró sobre la aplicación del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, mismo que señalaba que el salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia era el salario o el ingreso base de liquidación respecto del salario devengado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desató dicha controversia argumentando que no es dable aplicar el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, sin que de manera alguna se pretenda dar efectos retroactivos a la sentencia C-734-2005, misma que declaró inexecutable el citado literal. (SL 1857-2021).

Bajo tal contexto, es evidente que no se equivocó el juez de primer grado al colegir que el monto máximo asegurable o en su defecto el salario base de cotización, sería la suma de \$665.070 y no de lo devengado al

momento del finiquito de la relación laboral con su otrora empleadora, pues es evidente que el salario de \$769.836 que aquí se halló como último devengado por el actor, tomando únicamente el salario base y la sobre remuneración, supera el monto máximo asegurable, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, el cual, establecía que la categoría máxima era 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070, por lo que es claro que debe tenerse en cuenta como la base de cotización del afiliado a 21 de junio de 1990, de ahí que sea la base del bono o título pensional que se ordena.

De tal suerte, en nada se le reprocha al A quo haber utilizado como salario base para efectos del calcular el bono o título pensional teniendo cuenta lo antedicho, por consiguiente, la Sala considera que es imperativo confirmar la decisión que sobre tal situación se arribó el Juez primigenio, siendo importante acotar que resulta inane definir qué factores salariales deben incluirse en dicho salario, toda vez que, en el evento de considerarse conceptos adicionales como la prima de antigüedad, los auxilios de alimentación o alojamiento, o incluso las primas extralegales de servicios, se obtendría una suma que continuaría siendo superior al máximo asegurable que aquí se anotó.

SUSPENSIONES Y LICENCIAS

En lo que atañe a que se deben restar los días de licencias y suspensiones que se aducen en la liquidación de prestaciones sociales, para efectos de liquidar el cálculo actuarial, la Sala desde ya advierte que en efecto es procedente la exclusión de 82 días referidos en la liquidación de sueldos visible a folio 725 del expediente físico, como quiera que los mismos se reportan como no remunerados en la hoja de vida del actor, intelección que resulta acorde con el criterio sentado por el máximo órgano jurisdiccional, según el cual las licencias no remuneradas que generan la suspensión del contrato laboral, de acuerdo con el artículo 51 del CST, no pueden contabilizarse para efectos pensionales, pues durante los lapsos de

suspensión cesan las obligaciones principales a cargo de las partes. Precisamente, en sentencia SL 932 de 2018, se dijo al respecto:

“El precedente entendimiento del Tribunal, no se muestra equivocado, ya que la única intelección que se hace del citado artículo 51 del CST, es para colegir que la licencia no remunerada lleva a la suspensión temporal del contrato de trabajo, y esto es lo que justamente se desprende como consecuencia jurídica de la lectura de dicho precepto legal, en su numeral 4°, que es claro y preciso, por ende, el juzgador no se está distanciando de la hermenéutica natural y obvio de la norma; pues no existe razón, en este caso, para desatender su tenor literal.

En cuanto a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, de lo dispuesto en el artículo 53, el ad quem infiere que durante el periodo de licencia no remunerado, las obligaciones que quedan a cargo del empleador son las que corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores; exegesis que tampoco, en este caso, va en contravía del pensamiento genuino de la norma, pues este es uno de los supuestos que consagra, y que fue interpretado acorde con el contexto jurídico que estaba vigente para la época de los hechos, sin que resulte viable para el caso concreto que se le pueda dar aplicación a la sentencia CC C-1396 – 2000, a efectos de ampliar el alcance de la norma en el sentido que pretende el recurrente.”

Bajo el referente jurisprudencial, la Sala adicionará la decisión opugnada, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. que para la liquidación del cálculo actuarial, se deben excluir 82 días del tiempo de servicio correspondientes a licencias o permisos no remunerados, que se encontraron probados como se anotó en precedencia.

RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA S.A., LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS Y LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En otro giro, con el fin de determinar a qué entidad o entidades corresponde el cumplimiento de la orden del pago del cálculo actuarial, se tiene que mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación obligatoria de la CIFM y en auto del 28 de agosto de 2012 la misma autoridad declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de dicha empresa y declaró extinguida la personería jurídica de la misma.

Así mismo, en proveído del 22 de noviembre de 2012 dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café en el artículo 5°, indicó:

“ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”⁸

Decisión que guardó concordancia con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001, en la que señaló que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café es matriz o controlante de la Flota Mercante Gran Colombiana SA y por ende se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le impuso poner a disposición del liquidador los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que fue objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, misma que reafirmó la obligación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Flota Mercante.

Ahora, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito el 14 de febrero de 2006 entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A., se constituyó el Patrimonio Autónomo “PANFLOTA”, para que la fiduciaria administrara los recursos y bienes que le fueran transferidos por el fideicomitente al momento de la

⁸ Folio 356 Expediente Físico.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

celebración del contrato y los que posteriormente se transfirieran de conformidad con lo descrito en el mismo, con el fin de que éstos fueran destinados al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS a cargo de la compañía de la flota Mercante S.A. en Liquidación; así mismo, le fue asignada la administración de contingencias judiciales que le fueran entregadas y atención de gastos necesarios para cumplir dichos objetivos de acuerdo con las cláusulas del contrato.

Ante la terminación de la liquidación obligatoria de la CIFM y su aprobación de la rendición final de cuentas presentada por el Liquidador de la CIFM, la Superintendencia de Sociedades mediante número 400-016211 modificó el numeral vigésimo séptimo del Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, para en su lugar advertir a los que tuvieron calidad de partes laborales dentro del proceso concursal liquidatario, que cualquier reclamación de tipo laboral o pensional deberá efectuarse ante el Patrimonio Autónomo PANFLOTA administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A.⁹

En tal virtud, en auto 400-010509¹⁰ ordenó al liquidador de la Compañía nombrar un mandatario con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA con el fin de que atendiera las solicitudes y trámites, pero únicamente respecto de las obligaciones pensionales de los ex trabajadores de la Compañía y sus beneficiarios; con tal fin el Liquidador de la CIFM suscribió contrato de mandato con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y nombró a la Dra. Carmen Isabel Suarez Gutiérrez; el mencionado contrato de mandato fue cedido por el Liquidador a PANFLOTA, quien ostenta actualmente la condición de mandante; y en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014 suscrito entre Fiduciaria la previsora S.A. como Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA y Asesores en Derecho S.A.S., es esta última quien actualmente actúa como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA.

⁹ Folio 356 expediente físico.

¹⁰ Folios 391 y s.s. expediente físico.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Conforme a lo anterior, será la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA la responsable del pago del cálculo actuarial aquí ordenado y en caso de que no existan recursos suficientes para tal efecto en el patrimonio autónomo, asumirá esta obligación como responsable subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, dada su calidad de empresa matriz o controlante de la extinta Flota Mercante, la cual se encuentra acreditada con el certificado de existencia y representación legal de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá¹¹.

Cumple aclarar que, si bien la demandada en su recurso de apelación indicó que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar, lo cierto es que ello quedó en simples afirmaciones las cuales están lejos de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, acotando que en nada impide a esta Sala el estudio de la responsabilidad que se pretende, pues esta surge del imperio de la Ley y parte de una presunción, misma que no fue derruida, quedando de presente, se reitera, en virtud del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, de ahí que sea responsable subsidiaria en el pago de las condenas que en este asunto en concreto se estableció.

Con todo lo anterior, es claro que ningún reproche sobre tal determinación merece la decisión de primer grado, como quiera que la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café es subsidiaria y en esa medida la FIDUPREVISORA SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, deberá pagar el valor del cálculo actuarial, para el periodo

¹¹ Folio 70 expediente físico
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

antes dicho a satisfacción de PORVENIR S.A. y conforme al cálculo que esta última realice, para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones.

Por manera que la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, será responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial a favor del demandante aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA, siempre que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones.

En ese sentido, se confirmará la condena impartida por la Juez de primer grado en la forma que determinó.

Frente a la presunta responsabilidad que le asiste al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si bien es cierto el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia del 15 de febrero de 2001, señaló que eventualmente podría ser responsable el Estado frente a las obligaciones adquiridas por dichas sociedades en el caso que no existan los suficientes recursos para asumir las obligaciones pensionales, dado que la Federación Nacional de Cafeteros administra el Fondo Nacional del Café, el cual se nutre con recursos de carácter parafiscal y, por tanto, tienen la calidad de públicos con afectación especial a favor del gremio cafetero, lo cierto es que, en este asunto se demostró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces Compañía de Inversiones Flota Mercante, por manera que se garantizan los derechos pensionales aquí controvertidos, sin que sea necesario entonces, en este asunto, endilgársele responsabilidad al Estado a través de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Menos aún, cuando es claro que la responsabilidad de esta última fue pretendida como pretensión subsidiaria, es decir, en caso de que no salieran adelante las pretensiones enlistadas en el numeral tercero y subsidiaria enumerada como undécima, relacionadas con la obligación que debe asumir la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOITA y la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, tal como se expone en el libelo demandatorio; de ahí que sea inviable siquiera su estudio ante la procedencia de la citada pretensión en contra de la Fiduprevisora y la aducida Federación.

BONO PENSIONAL A CARGO DE LA ARMADA

Sobre la condena impuesta al Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional, relativa al reconocimiento y pago del bono pensional por el tiempo en el cual el actor se desempeñó como Cadete Mercante, baste con decir que ello resulta procedente, en la medida que en los términos definidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado en decisión del 9 de abril de 2014 radicación número 88001-23-31-000-2011-00053-01(1364-13), el tiempo de permanencia del solicitante como estudiante en la Escuela Naval de Cadetes tiene un efecto prestacional en el régimen general de pensiones.

Lo anterior, por considerar dicha Corporación que conforme al Decreto 4433 de 2004, para efectos de la asignación de retiro o pensión de sobrevivientes, *“se debe tener en cuenta el tiempo de permanencia en la respectiva escuela de formación, sin que pueda sobrepasar dos años, por lo que si se hace una interpretación favorable del derecho a la pensión en el régimen general, resulta admisible computar esos mismos tiempos”*.

Aunado a ello, explicó que una de las finalidades de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, fue *“superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores”*, lo cual permite la acumulación de

tiempos y semanas trabajadas, incluyendo los períodos de permanencia en las Escuelas de Formación de la Fuerza Pública.

Lo anterior, se acompasa con lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia T-166 de 2020, en la cual indicó que:

“(…) la Sala consideró que la prerrogativa contenida en el literal 1) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, que permitía el cómputo del tiempo de servicio militar para efectos pensionales, también era extensiva a los cadetes de las Escuelas de Formación Militar y de Policía, pero por razones distintas a las invocadas por el Consejo de Estado en el año 2014.

La primera razón que llevó a esa conclusión es que tanto la prestación del servicio militar, como el servicio que prestan los cadetes en su preparación en las Escuelas de Formación, son una respuesta a la obligación contenida en el artículo 216 de la Constitución, conforme al cual todo colombiano debe “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. Esto por cuanto los objetivos que se persiguen en cumplimiento de la obligación de prestar servicio militar son armónicos con el objetivo que persiguen los integrantes de la fuerza pública, concretamente el de los jóvenes que se capacitan como oficiales y suboficiales en las respectivas escuelas de formación, con el fin de garantizar la vigencia del orden constitucional, la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad del territorio.

La segunda razón consistió en que, a juicio de la Corte, para el legislador no existe una diferencia sustancial en el servicio que prestan quienes se desempeñan como cadetes en las Escuelas de Formación Militar y de Policía y quienes prestan el servicio militar obligatorio. Ello se justificó en que la situación militar de una persona se define cuando se le expide la tarjeta de reservista[83] o, cuando se trata de alumnos de las Escuelas de Formación Militar o de la Policía Nacional, con el documento de identidad militar o policial[84], es decir, que la prestación del servicio y los estudios en dichas escuelas permiten, de igual forma, la definición de la situación militar de una persona.

Asimismo, la ley dispone que son reservistas de las fuerzas militares los colombianos desde que definan su situación militar hasta los 50 años; que los reservistas podrán ser de primera y segunda clase y de honor y que, dependiendo de su edad, serán de primera, segunda y tercera línea. La Corte, al realizar un análisis de los preceptos normativos que contienen estas normas, observó que el trato similar también se evidencia en que dentro de los reservistas de primera clase se encuentran tanto los colombianos que prestan el servicio militar obligatorio, como aquellos alumnos de las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando hayan permanecido un año lectivo[85]. Con fundamento en lo anterior explicó que:

“Conforme a esta breve revisión normativa, es posible inferir que entre ambos grupos de servidores existe una equivalencia en las cargas públicas,

en el cumplimiento del deber constitucional de tomar las armas, cuando resulte necesario.”

Finalmente, señaló que si bien es cierto que la actividad académica de las Escuelas de Formación Militar y de Policía está sometida a lo dispuesto en la Ley 30 de 1992[86] y a los reglamentos internos de cada institución, ellas responden a las particularidades propias de las funciones que le asigna la Constitución a la Fuerza Pública, y su actividad está dirigida a que los oficiales y suboficiales obtengan una preparación integral para el cumplimiento de la misión asignada que es la defensa de la soberanía, el mantenimiento de la seguridad interna y externa y el apoyo al desarrollo del país.

4.6.7. En suma, la jurisprudencia de esta Corporación en la actualidad admite que los tiempos de vinculación a las Escuelas de Cadetes de la Fuerza Pública se computen para efectos de validar la densidad de semanas requeridas para acceder al reconocimiento y pago de una pensión de vejez en el régimen general de pensiones. Ello por cuanto, como se dijo, es la interpretación que permite una aplicación más amplia del derecho a la seguridad social, sumado a que no se encontró por parte de esta Corporación una razón que justifique un trato diferente, al que constitucional, jurisprudencial y legalmente se le ha dado a quienes prestan el servicio militar obligatorio, en lo que hace referencia a esta prerrogativa”.

Dando aplicación las reseñas jurisprudenciales anotadas, encuentra la Sala que en nada se equivocó el Juzgado de Conocimiento, al disponer que el Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional, debe efectuar el reconocimiento del tiempo en el cual el actor se desempeñó como cadete mercante de la Escuela Naval Almirante Padilla, máxime que se encuentra claramente demostrado que ello tuvo lugar desde el 8 de enero de 1.973 hasta el 31 de mayo de 1.976, lo cual habrá de efectuar a través del reconocimiento de un bono pensional, pues así lo prevé el literal b) del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, al señalar que tendrán derecho a un bono pensional los afiliados que, con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad “hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos”, lo cual ha sido aceptado por la Corte Suprema de Justicia, en los casos en los que ha considerado que el tiempo del servicio militar obligatorio debe computarse para efectos pensionales, a modo de ejemplo véase la sentencia SL11188-2016, lo cual por asimilarse al tiempo de vinculación a las Escuelas de Cadetes de la Fuerza Pública, resulta aplicable al caso, siendo por tanto procedente confirmar la decisión objeto de estudio sobre este puntual aspecto.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN VEJEZ

En lo que se refiere a la reliquidación pensional deprecada por el actor desde el 13 de agosto de 2016, junto al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, baste con decir que ello resulta abiertamente improcedente, pues la AFP Porvenir S.A. tan solo puede proceder a ese reajuste, una vez reciba las sumas correspondientes por concepto de cálculo actuarial y bono pensional que han sido reconocidos en este caso, no pudiendo la Sala darle efectos retroactivos a esa reliquidación, como aquí se pretende, porque la sociedad administradora de fondos de pensiones no podía tener en consideración los tiempos de servicios que sustentan tales títulos pensionales, al no encontrarse claramente reconocidos por los respectivos empleadores, a la data en que se efectuó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del actor, además porque solo hasta la emisión de esta sentencia, se ha definido claramente la responsabilidad que a los patronos les asiste, en cuanto al reconocimiento tanto del cálculo actuarial, como del bono pensional deprecados por el actor, siendo claro que solo hasta este momento cobran certeza dichas obligaciones.

Así las cosas, acertó el Juzgado de Conocimiento al ordenar a la AFP Porvenir S.A., proceder a la reliquidación de la pensión de vejez, que le fue reconocida al actor, conforme así lo aceptaron las partes, desde la fecha en la cual reciba las sumas correspondientes por el cálculo y el bono pensional aquí concedidos.

COSTAS

Sobre las costas procesales impuestas en primera instancia en contra de la Fiduprevisora S.A., la Federación Nacional de Cafeteros y el Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, por manera que habrá confirmarse dicha decisión, máxime que en el caso de las primeras dos entidades, estas se opusieron a las pretensiones de la

demanda, proponiendo excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

Sumado a lo anterior, al ser vencida en juicio la AFP Porvenir S.A., hay lugar a imponer costas de primera instancia a su cargo, como así lo petitionó el actor en su alzada.

Conforme a lo explicado, habrá de adicionarse la sentencia aquí estudiada, conforme a los términos expuestos. Sin costas en esta instancia, dada la improsperidad total del recurso de apelación formulados por la Fiduprevisora, así como la improsperidad parcial de la alzada propuesta por la Federación Nacional de Cafeteros y el 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 el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 1º de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que para la elaboración del cálculo actuarial reconocido al actor por los tiempos de servicios prestados a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana del 7 de junio de 1977 al 21 de junio de 1990, deberá excluir 82 días por concepto de licencias y suspensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECOVAR PARCIALMENTE el **NUMERAL NOVENO** de la sentencia del 1º de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en relación con la absolución de las costas en primera instancia a la AFP PORVENIR S.A., para en su lugar, imponerlas también a cargo de dicha sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

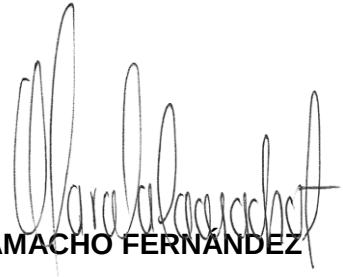
Los Magistrados,



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:	11001-31-05-015-2019-00223-01
DEMANDANTE:	ÁGUEDA ORTÍZ ESPITIA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ARL SURA
ASUNTO:	Apelación sentencia del 22 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora **ÁGUEDA ORTÍZ ESPITIA** y para revisión en consulta en favor de **COLPENSIONES** de la sentencia del 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÁGUEDA ORTÍZ ESPITIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-015-2019-00223-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción formula como pretensiones se reconozca la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante **ÁGUEDA ORTÍZ ESPITIA** por

¹ Archivo 01. Fs. 4-10. Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

parte de las demandadas COLPENSIONES Y/O ARL SURA debidamente indexada desde el 14 de noviembre de 2018 por el fallecimiento de su compañero ENRIQUE SAAVEDRA ALDANA, con los intereses de mora y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor JORGE ENRIQUE SAAVEDRA ALDANA (q.e.p.d) estaba afiliado a COLPENSIONES en pensiones y a la ARL SURA en riesgo laborales. Que tuvo un accidente de trabajo el 18 de julio de 2018 de lo que se informó a la ARL SURA, por lo que los gastos de hospitalización, cirugía y medicamentos fueron cubiertos por la ARL SURA hasta su fallecimiento el 14 de noviembre de 2018, fecha para la cual contaba con 1434 semanas de cotización.

Que la demandante estaba afiliada en calidad de beneficiaria de su compañero, de cuya unión no procrearon hijos.

El 30 de noviembre de 2018 radicó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento pensional con radicado 2018-15239487, lo que fue resuelto negativamente mediante Resolución SUB6104 del 15 de enero de 2019 con fundamento en que el fallecimiento tuvo como causa una enfermedad y/o accidente laboral y por su parte la ARL SURA mediante comunicación CE201941002907 del 28 de enero de 2019 negó la pensión con el argumento de que el fallecimiento del afiliado ocurrió por enfermedad común.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.** contestó la demanda a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental y manifestó que no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a su cargo, inexistencia de obligación alguna, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe y las declarables de oficio.

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda. Manifestó que no le

² Archivo 1 ARL SURA fs. 64-67 y COLPENSIONES fs. 529-539 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

constan o no son ciertos los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 22 de febrero de 2023 (archivos 21-22), condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero a partir del 14 de noviembre de 2018 en cuantía inicial de \$800.090 por 13 mesadas anuales con los reajustes de ley y el retroactivo correspondiente desde la fecha de la causación hasta su inclusión en nómina de pensionados, debidamente indexado a la fecha de pago. Autorizó a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional los aportes a seguridad social y absolvió a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por lo que declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por esta demandada. Absolvió a COLPENSIONES de la condena al pago de intereses de mora frente a lo cual resolvió declarar probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Condenó en costas a COLPENSIONES.

Como fundamentos de su decisión, una vez revisada las pruebas allegadas al proceso advirtió que el fallecimiento del afiliado ocurrió por causa de enfermedades no relacionados con el accidente de trabajo (encefalitis y vasculitis), por lo que manifestó que el fallecimiento se debió a enfermedades de origen común conforme lo indicado en la prueba practicada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, razón por la que absolvió a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.

Respecto a los requisitos para la pensión de sobrevivientes indicó que la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes ya que acredita más de 20 años de convivencia con el causante y como el causante tenía cumplidas más de 1300 semanas, dejó causada la pensión, la que reconoció en favor de la demandante en cuantía de \$890,000 que corresponde al 75% del IBL y por 13 mesadas anuales. En cuanto a los intereses de mora señaló que había razones atendibles para que COLPENSIONES no resolviera sobre el reconocimiento pensional ya que para resolver se debió practicar una prueba pericial y en

consecuencia no procedía la condena al pago de los intereses moratorios; en su lugar ordenó el pago de la indexación sobre el retroactivo desde la fecha de causación hasta la fecha de su pago efectivo.

En cuanto a la prescripción tuvo en cuenta que el señor SAAVEDRA falleció el 14 de noviembre de 2018 y tanto la demanda como la reclamación administrativa se presentaron en el 2019 por lo que no prosperaba la excepción de prescripción. Condenó en costas a la parte vencida COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación únicamente respecto a los intereses de mora para lo que argumentó que como quiera que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda deben ser reconocidos estos intereses de mora; además, por cuanto la demandante lleva más de 5 años esperando el fallo.

COLPENSIONES no interpuso recurso alguno.

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 revisión de la sentencia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si la demandante cumple con los requisitos para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y si procede la condena al pago de los intereses de mora en lugar de la indexación que fue declarada de oficio por el juez de instancia.

CONSIDERACIONES

Lo primero que se observa por la Sala es que fue agotada en legal forma la reclamación administrativa como se comprueba con la Resolución SUB6104 del 15 de enero de 2019 aportada al proceso, mediante la cual fue negada la prestación a la actora. (fs. 14-20 archivo 1)

No es tema de controversia la calidad de afiliado del causante conforme a la resolución antes mencionada; como tampoco que el señor JORGE ENRIQUE SAAVEDRA ALDANA falleció el 14 de noviembre de 2018 lo que se encuentra acreditado con el registro de defunción obrante a folio 11 archivo 1,

Reclama la señora ÁGUEDA ORTIA ESPITIA le sea reconocida la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero JORE ENRIQUE SAAVEDRA ALDANA que acaeció el día 14 de noviembre de 2018, para lo cual se aplican las normas que regían al momento del fallecimiento del causante, por lo que, en este caso, las normas que gobiernan la sustitución pensional son las contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

El objeto de la apelación de la parte demandante radica únicamente en que no se accedió al reconocimiento de los intereses de mora; sin embargo, como se revisa en consulta en favor de COLPENSIONES, se procede en primer lugar, a revisar lo concerniente al derecho de la demandante al reconocimiento pensional

Se allegó al proceso como prueba documental respecto de la convivencia la siguiente:

- Certificados expedidos por SALUD TOTAL EPS conforme al cual la demandante era beneficiaria en salud del causante en calidad de compañera (fs. 36-37 archivo 1)
- Declaraciones ante la Notaría Única de Tenjo de MARÍA DEL ROSARIO CHOCONTÁ CASTILLO, MARÍA RUTH ORTÍZ ESPITIA, MARÍA LUISA GONZALEZ TIBAQUIRÁ Y ORLANDO FORERO CORREA (fs. 38-39 archivo 1) conforme a las cuales los declarantes conocieron que la pareja convivió de

manera permanente por más de 20 años y hasta le fecha del fallecimiento del señor SAAVEDRA ALDANA.

La demandante en el interrogatorio de parte manifestó que su compañero estaba cargando las cajas de las flores cuando se resbaló y se afectó el hombro y el tobillo izquierdo, no le comentó que se hubiera golpeado la cabeza. Después por continuar con los dolores lo programaron para una cirugía y luego por el dolor, lo trasladaron a Bogotá donde por la fiebre lo entubaron y al final ya no se movía, pero no vio ninguna contusión en la cabeza. Dice que primero lo atendió la ARL y luego SALUD TOTAL, pero los médicos no le dijeron un diagnóstico definitivo. Nada se le pregunto respecto de la convivencia. (minuto 32.27 archivo 07)

La testigo MARÍA DEL ROSARIO CHOCONTÁ CASTILLO manifestó que conoció a la pareja hace más de 20 años cuando cuidaban una finca cerca del pueblo y ahora viven cerca de su casa y no se han separado nunca. No tuvieron hijos, ella tenía una hija que él crío. Vivían como esposos y lo sabe porque siempre los veía juntos y ella los visitaba. Sabe que el señor JORGE se resbaló del camión y se afectó el hombro y de ahí en adelante estuvo hospitalizado, pero no conoce cual fue el motivo por el que falleció. (minuto 47:35 audiencia del 21 de julio de 2020 – archivo 07).

De las pruebas antes relacionadas se puede concluir que se cumplen los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en cuanto se encuentra demostrado que convivió con el causante por más de 20 años y hasta el momento de su fallecimiento. En este orden de ideas, el acervo probatorio analizado permite llegar al convencimiento de la existencia de la convivencia de la referida pareja, razón por la que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en la forma declara por el a-quo.

Ahora respecto a la entidad que debe asumir el reconocimiento y pago de la prestación, se tiene el dictamen rendido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 16 de septiembre de 2022, que se observa en el archivo 14 y allí se determinó que la muerte del señor JORGE ENRIQUE SAAVEDRA se dio por causas distintas al accidente de trabajo y que no fueron desencadenantes de ésta, pues se descartó el trauma craneo encefálico, para concluir que el afiliado presentó una infección del sistema nervioso central meningitis viral y vasculitis, enfermedades que determinó de origen común.

En conclusión, al ocurrir el deceso del afiliado por causa de una enfermedad de origen común, debe ser reconocida a cargo de COLPENSIONES en cuantía del 75%, toda vez que el afiliado contaba con más de 1250 semanas de cotización al momento del fallecimiento (1340 semanas) y debe liquidarse tomando en cuenta el IBL de los últimos 10 años por ser más beneficioso (archivo 02), que fue de \$1.066.786 para una primea mesada pensional de \$800.090, a partir del 14 de noviembre de 2018, fecha del fallecimiento del afiliado.

En cuanto a la prescripción, es claro que, entre la fecha del fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE SAAVEDRA ALDANA el 14 de noviembre de 2018 y la fecha de reclamación ante las demandadas y la presentación de la demanda no transcurrió más de un año, por lo que no prospera la excepción de prescripción, tal y como se indicó en la sentencia de primera instancia.

En cuanto al objeto de apelación que se relaciona con el reconocimiento de los intereses de mora debe tenerse en cuenta que existían razones atendibles para que COLPENSIONES no reconocieran la prestación, pues es claro que para resolver cuál era el origen o motivo que causó el fallecimiento del señor SAAVEDRA se debió recurrir al dictamen pericial que rindió la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, conforme al cual se determinó que fue de origen común.

Respecto a las excepciones a la procedencia al pago de los intereses de mora, en la sentencia SL3061 de 2022 la CSJ indicó:

“Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que es posible abstenerse de su imposición. Al respecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se exceptúa el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial...” (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, no le asiste razón a la parte recurrente, pues los intereses de mora no proceden por el hecho de haberse opuesto a las pretensiones de la demanda ni por la mora en resolverse el proceso, pues en este caso, existía una razón atendible por parte de COLPENSIONES para negar el reconocimiento pensional.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora por cuanto no prosperó el recurso interpuesto. 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,

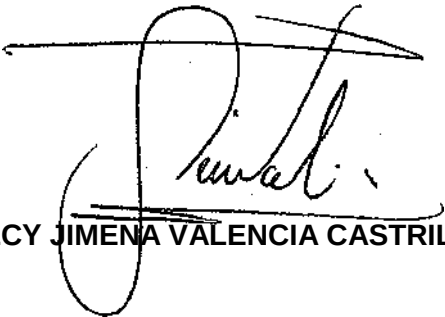
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: Costas de primera instancia a cargo de la parte actora-recurrente. Se fijan como agencias en derecho 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:	11001-31-05-018-2020-00377-01
DEMANDANTE:	DAVID CALAMBAS QUILCUE
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 7 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación Pensión-IBL
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad en lo que no fue materia de apelación, respecto de la sentencia del 7 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **DAVID CALAMBAS QUILCUE** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-018-2020-00377-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que la demandada liquidó erradamente el IBL hallado con el promedio salarial de los últimos 10 años de servicio para el reconocimiento de su pensión de vejez, en los diferentes actos administrativos que expidió, y por ende, tiene derecho a la reliquidación de su pensión; como consecuencia de ello, se condene a reliquidar la prestación tomando para ello los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio y aplicando la tasa de reemplazo del 69,29%, a partir del 1º de enero de 2019, junto con el pago de las diferencias pensionales causadas, indexación, costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de marzo de 1955, motivo por el cual cuenta con 65 años. Que entre 1990 y 2000 laboró como trabajador oficial al servicio de la antigua Colcultura, e igualmente, entre el año 2000 y diciembre de 2018, prestó sus servicios como trabajador oficial para el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICAHN, cotizando durante toda su vida laboral un total de 1.456, haciendo sus últimos aportes a pensión ante la demandada Colpensiones. Que se retiró definitivamente del servicio el 31 de diciembre de 2018. Que la demandada le reconoció pensión de vejez conforme a las reglas previstas en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, mediante Resolución SUB 204813 del 1º de agosto de 2018, misma que fue reliquidada en las Resoluciones DIR 16587 del 11 de noviembre de 2018 y SUB 324355 del 15 de diciembre de 2018, de manera que la prestación se definió en cuantía de \$797.114 a partir del 1º de enero de 2019. Que la demandada halló erradamente el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicios y, es por ello que, el 11 de febrero de 2020, solicitó la liquidación pensional teniendo en cuenta los salarios sobre los cuales se cotizó al Sistema General de Pensiones, frente a lo cual la convocada emitió la Resolución SUB 79163, disponiendo la reliquidación por valor de \$820.528 a partir del año 2019, sin embargo, la suma hallada como IBL de \$1.184.194, no se acompasa con valor que realmente corresponde. Que se formuló recurso de apelación contra el

¹ Páginas 4 a 7 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

anterior acto administrativo, el cual fue resuelto mediante Resolución DPE 9653 del 14 de julio de 2020, confirmado la determinación inicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la liquidación de la pensión de vejez del actor se realizó teniendo en cuenta las disposiciones legales aplicables y los valores registrados en su historia laboral.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de marzo de 2023, condenó a la demandada a reajustar el valor de la primera mesada pensional del actor en la suma de \$1.178.404 para el año 2018, debiendo pagar las diferencias pensionales causadas entre el valor reconocido y el que se ordena en la decisión sobre las mesadas ordinarias y la adicional, así como el resultante de los reajustes anuales, las cuales deberán ser reconocidas de manera indexada; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que, conforme al total de semanas cotizadas por el actor (1.456), su IBL puede liquidarse con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, según el más favorable, como así lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Agregó que el Despacho efectuó el cálculo de la mesada aplicando uno y otro parámetro de liquidación, encontrando que el IBL hallado con el promedio de los últimos 10 años, que ascendió a \$1.700.684,24, resulta ser el más favorable para el convocante, que al aplicarle

² Páginas 4 a 11 Archivo 06 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

la indiscutida tasa de reemplazo de 69,29%, se obtiene una mesada inicial de \$1.178.404, la cual resulta superior a la definida por Colpensiones en \$846.621.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación, aduciendo que la entidad procedió a efectuar la reliquidación de la entidad, encontrando en virtud del principio de favorabilidad, que no existieron valores o saldos que deban reconocerse al convocante, acotando que se tomaron en cuenta los ingresos base de cotización reportados en su historia laboral, conforme al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el artículo 18 de la normatividad *ejusdem*. Agregó que el ingreso mensual que el empleador declara en favor de su trabajador, es aquel que está conformado por todos aquellos factores que según la legislación laboral constituyen salario, y es por ello que, Colpensiones al liquidar la prestación tomó el salario base de cotización reportado por el empleador en sus autoliquidaciones de aportes, no teniendo competencia para sumar factores salariales no informados, pues se presume que el patrono al efectuar sus reportes ha tenido en cuenta todo lo que constituye salario. Dijo que no es procedente imponer condena en costas en su contra, por representar sumas adicionales que afectan los aportes de los afiliados al fondo común del RPM.

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 al liquidar nuevamente la pensión del actor con base en el IBL hallado con el promedio de

los salarios reportados en los últimos 10 años de servicios, se genera un monto pensional superior al establecido por Colpensiones, y por ende, si es procedente el reajuste ordenado por el Juzgado de Conocimiento.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que mediante Resolución SUB 204813 del 1º de agosto de 2018 la demandada reconoció a favor del actor una pensión de vejez conforme a los términos de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$792.927, resultante de aplicar una tasa de reemplazo del 67,75% sobre un IBL de \$1.170.372, cuyo ingreso a nómina se supeditó a que las partes interesadas alleguen el actor administrativo de retiro del servicio público del demandante (páginas 9 a 15 archivo 01 del ED); **2.** Que mediante la Resolución DIR 16587 del 11 de septiembre de 2018, la convocada reliquidó la pensión de vejez del accionante, en monto de \$795.449 para el año 2018, la cual resultó de aplicar una tasa de reemplazo del 67.7% a un IBL de \$1.174.094; prestación que fue dejada en suspenso hasta tanto el asegurado acreditara el retiro definitivo del servicio público (páginas 16 a 23 archivo 01 del ED). **3.** Que mediante Resolución SUB 324355 del 15 de diciembre de 2018, la encartada reliquidó la pensión de vejez del actor en cuantía de \$797.114, la cual halló con base en una tasa de reemplazo del 67.75% y un IBL de \$1.176.552, misma que además, se ordenó pagar desde el 1º de enero de 2019 (páginas 24 a 31 archivo 01 del ED); **4.** Que mediante Resolución SUB 79163 del 25 de marzo de 2020, Colpensiones reliquidó la prestación del convocante en cuantía de \$820.528 para el año 2018, la cual fue determinada con base en una tasa de reemplazo del 69,29%, aplicada a un IBL de \$1.184.194; además, en dicho acto administrativo se estableció que la mesada para el 2019 equivale a \$846.621 y para el año 2020 asciende a \$878.793 (Páginas 32 a 39 archivo 01 del ED).

Con la finalidad de examinar a la luz de la realidad procesal, si en verdad hubo acierto en la determinación adoptada por el A quo, es preciso indicar que por disposición del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de vejez, será el promedio de los salarios o rentas

sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o, en todo el tiempo si este fuera inferior, acotando que para aplicar esta última regla, se requiere que el afiliado hubiese efectuado aportes al subsistema de seguridad social en pensiones superiores a 1.250 semanas.

Presupuestos facticos que se encuentran cumplidos en el *sub judice*, pues de lo referido por la pasiva en los actos administrativos pensionales, en específico, la Resolución SUB 79163 del 25 de marzo de 2020, se corrobora que el señor CALAMBAS QUILCUE cotizó un total de 1.456 semanas (páginas 32 a 38 archivo 01 del ED); densidad de aportes que avalan la liquidación del IBL bajo las prerrogativas de los 10 últimos años o de toda la vida, como quiera que sus cotizaciones superaron las 1250 semanas que reclama la disposición en cita; empero, la Sala centrará su estudio únicamente dando aplicación al IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, ya que el Juzgado consideró que este le era más favorable al actor, lo cual impide al Colegiado establecer si el IBL hallado con el promedio de toda la vida arroja un monto pensional mayor, pues sobre ello no se formuló el recurso de apelación, y tampoco lo permite el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora, en lo que atañe a los valores a tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez del actor, debe decirse que dada su condición de trabajador oficial en el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ha de echarse mano únicamente de aquellos factores reglados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que a la letra prescribe:

«**ARTÍCULO 1º.** El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*

- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;
(....)»

Aunado a lo anterior, se tomarán los valores certificados por dicho empleador en el archivo 15 del ED, entre el mes de enero de 2009 y el mes de junio de símil año, pues las sumas reportadas en la historia laboral de Colpensiones desde julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2018, en la mayoría de los ciclos, resultan superiores a los reportados por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, de suerte que en este último interregno se considerarán los IBC certificados por la entidad administradora del RPM en el archivo 14 del ED.

Al hilo de las anteriores anotaciones, esta Sala de decisión con apoyo del grupo liquidador de la Rama Judicial creado mediante Acuerdo PSAA15 – 10402 de 2015 efectuó los cálculos aritméticos de rigor, de los cuales se derivó que la prestación pensional al 1º de enero de 2019 (fecha desde la cual el convocante acreditó su retiro del servicio, según se advierte en la Resolución SUB 324355 del 15 de diciembre de 2018) asciende a la suma de **\$855.052**, resultante de aplicar la indiscutida tasa de reemplazo del 69,29%, a un IBL de \$1.234.019, asimismo, se tiene que para el año 2020 la mesada pensional asciende a **\$887.544**; valores que resultan ser superiores a los establecidos por la administradora del régimen de prima media con prestación en la Resolución SUB 79163 de reliquidación pensional, pues nótese que en dicho acto administrativo la pensión fue definida en valor de **\$846.621** para el año 2019 y en suma de **\$878.793** para el año 2020.

Lo expuesto, puede corroborarse en la tabla de liquidación que se discrimina a continuación:

Promedio Salarial Anual							
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	627.210,00	20.907,00	\$ 627.210,0		
01/02/09	28/02/09	30	878.094,00	29.269,80	\$ 878.094,0		
01/03/09	31/03/09	30	694.561,00	23.152,03	\$ 694.561,0		
01/04/09	30/04/09	30	945.445,00	31.514,83	\$ 945.445,0		
01/05/09	31/05/09	30	945.445,00	31.514,83	\$ 945.445,0		
01/06/09	30/06/09	30	990.466,00	33.015,53	\$ 990.466,0		
01/07/09	31/07/09	30	675.000,00	22.500,00	\$ 675.000,0		
01/08/09	31/08/09	30	900.000,00	30.000,00	\$ 900.000,0		
01/09/09	30/09/09	30	1.013.000,00	33.766,67	\$ 1.013.000,0		
01/10/09	31/10/09	30	855.000,00	28.500,00	\$ 855.000,0		
01/11/09	30/11/09	30	900.000,00	30.000,00	\$ 900.000,0		
01/12/09	31/12/09	30	675.000,00	22.500,00	\$ 675.000,0		
Total días		360			\$ 10.099.221,0	\$ 28.053,39	\$ 841.601,75
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	990.000,00	33.000,00	\$ 990.000,0		
01/02/10	28/02/10	30	990.000,00	33.000,00	\$ 990.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	675.000,00	22.500,00	\$ 675.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	732.000,00	24.400,00	\$ 732.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	898.000,00	29.933,33	\$ 898.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	811.000,00	27.033,33	\$ 811.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	811.000,00	27.033,33	\$ 811.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	811.000,00	27.033,33	\$ 811.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	1.148.000,00	38.266,67	\$ 1.148.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	708.000,00	23.600,00	\$ 708.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	918.000,00	30.600,00	\$ 918.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	964.000,00	32.133,33	\$ 964.000,0		
Total días		360			\$ 10.456.000,0	\$ 29.044,44	\$ 871.333,33
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	689.000,00	22.966,67	\$ 689.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	1.010.000,00	33.666,67	\$ 1.010.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	689.000,00	22.966,67	\$ 689.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	689.000,00	22.966,67	\$ 689.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	1.016.000,00	33.866,67	\$ 1.016.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	834.000,00	27.800,00	\$ 834.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	711.000,00	23.700,00	\$ 711.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	853.000,00	28.433,33	\$ 853.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	1.066.000,00	35.533,33	\$ 1.066.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	711.000,00	23.700,00	\$ 711.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	711.000,00	23.700,00	\$ 711.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	758.000,00	25.266,67	\$ 758.000,0		
Total días		360			\$ 9.737.000,0	\$ 27.047,22	\$ 811.416,67
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	711.000,00	23.700,00	\$ 711.000,0		
01/02/12	29/02/12	30	995.000,00	33.166,67	\$ 995.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	900.000,00	30.000,00	\$ 900.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	711.000,00	23.700,00	\$ 711.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	1.094.000,00	36.466,67	\$ 1.094.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	1.210.000,00	40.333,33	\$ 1.210.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	746.000,00	24.866,67	\$ 746.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	1.094.000,00	36.466,67	\$ 1.094.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	1.094.000,00	36.466,67	\$ 1.094.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	995.000,00	33.166,67	\$ 995.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	995.000,00	33.166,67	\$ 995.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	1.094.000,00	36.466,67	\$ 1.094.000,0		
Total días		360			\$ 11.639.000,0	\$ 32.330,56	\$ 969.916,67
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	746.000,00	24.866,67	\$ 746.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	746.000,00	24.866,67	\$ 746.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	945.000,00	31.500,00	\$ 945.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	746.000,00	24.866,67	\$ 746.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	945.000,00	31.500,00	\$ 945.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	914.000,00	30.466,67	\$ 914.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	1.132.000,00	37.733,33	\$ 1.132.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	1.081.000,00	36.033,33	\$ 1.081.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	1.158.000,00	38.600,00	\$ 1.158.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	1.029.000,00	34.300,00	\$ 1.029.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	772.000,00	25.733,33	\$ 772.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	1.081.000,00	36.033,33	\$ 1.081.000,0		
Total días		360			\$ 11.295.000,0	\$ 31.375,00	\$ 941.250,00
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	772.000,00	25.733,33	\$ 772.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	1.029.000,00	34.300,00	\$ 1.029.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	848.000,00	28.266,67	\$ 848.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	1.112.000,00	37.066,67	\$ 1.112.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	795.000,00	26.500,00	\$ 795.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	1.059.000,00	35.300,00	\$ 1.059.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	1.218.000,00	40.600,00	\$ 1.218.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	795.000,00	26.500,00	\$ 795.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	1.192.000,00	39.733,33	\$ 1.192.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	1.230.000,00	41.000,00	\$ 1.230.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	795.000,00	26.500,00	\$ 795.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	1.059.000,00	35.300,00	\$ 1.059.000,0		
Total días		360			\$ 11.904.000,0	\$ 33.066,67	\$ 992.000,00

Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	795.000,00	26.500,00	\$ 795.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	1.059.000,00	35.300,00	\$ 1.059.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	795.000,00	26.500,00	\$ 795.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	1.112.000,00	37.066,67	\$ 1.112.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	1.112.000,00	37.066,67	\$ 1.112.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	832.000,00	27.733,33	\$ 832.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	1.447.000,00	48.233,33	\$ 1.447.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	832.000,00	27.733,33	\$ 832.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	1.635.000,00	54.500,00	\$ 1.635.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	832.000,00	27.733,33	\$ 832.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	832.000,00	27.733,33	\$ 832.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	1.497.000,00	49.900,00	\$ 1.497.000,0		
Total días		360			\$ 12.780.000,0	\$ 35.500,00	\$ 1.065.000,00
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	1.164.000,00	38.800,00	\$ 1.164.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	832.000,00	27.733,33	\$ 832.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	948.000,00	31.600,00	\$ 948.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	1.314.000,00	43.800,00	\$ 1.314.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	1.135.000,00	37.833,33	\$ 1.135.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	896.000,00	29.866,67	\$ 896.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	1.195.000,00	39.833,33	\$ 1.195.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	896.000,00	29.866,67	\$ 896.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	1.643.000,00	54.766,67	\$ 1.643.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	896.000,00	29.866,67	\$ 896.000,0		
01/11/16	30/11/16	30	896.000,00	29.866,67	\$ 896.000,0		
01/12/16	31/12/16	30	1.494.000,00	49.800,00	\$ 1.494.000,0		
Total días		360			\$ 13.309.000,0	\$ 36.969,44	\$ 1.109.083,33
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	896.000,00	29.866,67	\$ 896.000,0		
01/02/17	28/02/17	30	896.000,00	29.866,67	\$ 896.000,0		
01/03/17	31/03/17	30	1.135.182,00	37.839,40	\$ 1.135.182,0		
01/04/17	30/04/17	30	1.135.000,00	37.833,33	\$ 1.135.000,0		
01/05/17	31/05/17	30	1.135.182,00	37.839,40	\$ 1.135.182,0		
01/06/17	30/06/17	30	1.307.550,00	43.585,00	\$ 1.307.550,0		
01/07/17	31/07/17	30	1.339.365,00	44.645,50	\$ 1.339.365,0		
01/08/17	31/08/17	30	1.403.144,00	46.771,47	\$ 1.403.144,0		
01/09/17	30/09/17	30	1.817.711,00	60.590,37	\$ 1.817.711,0		
01/10/17	31/10/17	30	956.689,00	31.889,63	\$ 956.689,0		
01/11/17	30/11/17	30	956.689,00	31.889,63	\$ 956.689,0		
01/12/17	31/12/17	30	1.339.365,00	44.645,50	\$ 1.339.365,0		
Total días		360			\$ 14.317.877,0	\$ 39.771,88	\$ 1.193.156,42
Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	956.689,00	31.889,63	\$ 956.689,0		
01/02/18	28/02/18	30	1.275.585,00	42.519,50	\$ 1.275.585,0		
01/03/18	31/03/18	30	1.119.007,00	37.300,23	\$ 1.119.007,0		
01/04/18	30/04/18	30	1.273.487,00	42.449,57	\$ 1.273.487,0		
01/05/18	31/05/18	30	1.072.410,00	35.747,00	\$ 1.072.410,0		
01/06/18	30/06/18	30	1.005.384,00	33.512,80	\$ 1.005.384,0		
01/07/18	31/07/18	30	1.407.538,00	46.917,93	\$ 1.407.538,0		
01/08/18	31/08/18	30	1.474.563,00	49.152,10	\$ 1.474.563,0		
01/09/18	30/09/18	30	1.508.076,00	50.269,20	\$ 1.508.076,0		
01/10/18	31/10/18	30	1.005.385,00	33.512,83	\$ 1.005.385,0		
01/11/18	30/11/18	30	1.005.384,00	33.512,80	\$ 1.005.384,0		
01/12/18	31/12/18	30	1.407.538,00	46.917,93	\$ 1.407.538,0		
Total días		360			\$ 14.511.046,0	\$ 40.308,46	\$ 1.209.253,83

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	360	69,800	100,00	1,433	\$ 841.601,75	\$ 1.205.733,17	\$ 14.468.797,99
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 871.333,33	\$ 1.223.782,77	\$ 14.685.393,26
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 811.416,67	\$ 1.104.719,76	\$ 13.256.637,17
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 969.916,67	\$ 1.273.023,58	\$ 15.276.282,98
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 941.250,00	\$ 1.205.957,72	\$ 14.471.492,63
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 992.000,00	\$ 1.246.857,72	\$ 14.962.292,61
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 1.065.000,00	\$ 1.291.378,68	\$ 15.496.544,20
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 1.109.083,33	\$ 1.259.606,28	\$ 15.115.275,41
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 1.193.156,42	\$ 1.281.448,20	\$ 15.377.378,37
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 1.209.253,83	\$ 1.247.682,45	\$ 14.972.189,43
Total días	3600				Total devengado actualizado a: 2019		\$ 148.082.284,05
Total semanas	514,29				Ingreso Base Liquidación		\$ 1.234.019,03
Total Años	10,00				Porcentaje aplicado		69,29%
					Primera mesada		\$ 855.051,79
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2019		\$ 828.116,00

Por tanto, es claro que existe una diferencia pensional a favor del actor, pero no en los términos expuestos por el Juzgado de Conocimiento, de los cuales se aparta la Sala de Decisión, pues no se comparte la liquidación por este efectuada, que se advierte en el Archivo 19 del ED, en la medida que para su realización la A quo procedió a actualizar los salarios del convocante al mes de agosto de 2018, lo cual no resulta procedente en este caso, porque como se dijo con anterioridad, este comenzó a disfrutar su pensión desde el 1º de enero de 2019, de suerte que la prestación debe liquidarse actualizando los salarios certificados a dicha anualidad, además, porque el convocante continuó efectuando cotizaciones entre el 1º de septiembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de símil año, como emana de la historia laboral visible en el Archivo 14 del ED; por tanto al ser incluidos tales ciclos en la definición del monto pensional, como lo hizo la falladora de primer, no resulta lógico que la actualización monetaria de los salarios mensuales se realice al mes de agosto de 2018, esto es, antes de las últimas cotizaciones efectuadas por el señor Calambas Quilcue.

Aunado a lo expuesto, se advierte que el IPC Final tomado por el Juzgado de Conocimiento, no se corresponde al aplicable al caso, pues nótese que entre de 2009 y junio de 2018, se tomó el valor de 137,0000, variando dicho dato para los últimos 6 meses del año 2018, en 138,0000, 139,0000, 140,0000, 141,0000, 142,0000 y 143,0000, lo cual resulta errado, en la medida que siempre debió tomarse como IPC Final, el certificado por el DANE para el mes de diciembre de 2018, en su serie de empalme 2003-2023, el cual equivale a 100,00.

Siendo ello así, la Sala de Decisión considera que la reliquidación pensional deprecada procede en el presente caso, pero atendiendo los resultados obtenidos en la liquidación practicada en esta instancia, la cual se insiste, consideró los salarios reportados en la historia laboral de Colpensiones, al contener algunos datos de mayor valor que los certificados por el empleador y atendiendo a que dichos salarios deben actualizarse al año 2019, tomando para el efecto como IPC Final el certificado por el DANE para diciembre de 2018, que equivale a 100,00.

Por ende, la sentencia de primer grado habrá de ser modificada conforme a los parámetros expuestos y considerando que a partir del año 2021, no existen diferencias a favor del accionante, pues nótese que al definir el retroactivo pensional adeudado por la entidad demandada, se encuentra que desde dicha anualidad y hasta el año 2023, la mesada del actor, siendo reajustada conforme a los parámetros del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, resulta inferior al Salario mínimo legal mensual vigente, tanto para el caso de la mesada aquí recalculada, como para el caso de la mesada efectivamente reconocida por la entidad, debiendo ser incrementada al valor del mínimo legal mensual vigente, conforme emana de la liquidación que se discrimina a continuación:

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 855.052,00	\$ 846.621	\$ 8.431,00	13,00	\$ 109.603,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 887.544,00	\$ 878.793	\$ 8.751,40	13,00	\$ 113.768,2
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	\$ 908.526	\$ 0,00	0,00	\$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	\$ 1.000.000	\$ 0,00	0,00	\$ 0,0
01/01/23	31/05/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	\$ 1.160.000	\$ 0,00	0,00	\$ 0,0
Total retroactivo diferencia pensional							\$ 223.371,23

Puestas así las cosas, encuentra la Sala que únicamente existen saldos a favor del convocante a la acción, a título de diferencias pensionales, entre los años 2019 y 2020 por valor de \$223.371,23, pues a partir del año 2021, en cualquier caso, el monto pensional es igual al valor del salario mínimo legal mensual vigente, que por lo mismo, no genera ninguna suma a favor del señor Calambas Quilcue, siendo lo procedente reconocer el monto en referencia por una sola vez, debidamente indexado al momento del pago, por ser el único generado con ocasión a la reliquidación pensional perseguida.

En cuanto a la prescripción, la misma no se encuentra probada como lo determinó la A quo, toda vez que la prestación se comenzó a disfrutar por el demandante desde el 1º de enero de 2019 y la demanda fue radicada el 5 de noviembre de 2020 (Archivo 02 del ED), esto es, dentro del término previsto por los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, para el efecto.

Finalmente, la demandada Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. 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 y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado acertó al imponer condena en costas a cargo de Colpensiones, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas, máxime cuando se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito. Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia, sobre este puntual aspecto. En esta segunda instancia no se imponen costas, dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE:

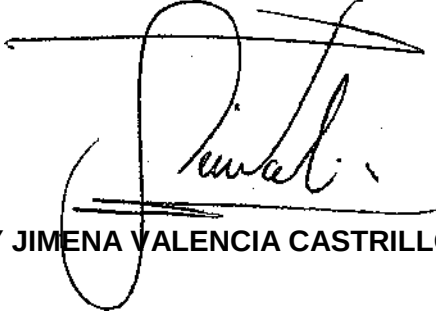
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia del 7 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR a COLPENSIONES** a reajustar el valor de mesada pensional reconocida al actor, únicamente por los años 2019 y 2020, en monto de \$855.051 y \$887.544, respectivamente; en consecuencia, se **ORDENA** a la demandada pagar a favor del señor **DAVID CALAMBAS QUILCUE**, la suma única de \$223.371,23, debidamente indexada al momento del pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, dado el resultado de la
alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ